

Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Peter Beck

von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

1957



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507226_0102

Die Kognition des Handelsregisterführers im Rechte der Aktiengesellschaft

Dissertation

der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Peter Beck

von Schaffhausen

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	8
Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements.	10
Mitteilungen des Eidg. Amtes für das Handelsregister	10
Abkürzungsverzeichnis	11
Einleitung	13

1. Teil: Die Kognition im allgemeinen

§ 1. Gesetzliche Regelung	15
§ 2. Zweck des Handelsregisters	17
§ 3. Die zur Verwirklichung des Zwecks gegebenen Mittel	18
§ 4. Objekt und Umfang der Kognition	22
I. Allgemeines	22
II. Prüfung der registerrechtlichen (formellen) Eintragungsvoraussetzungen	23
III. Prüfung der materiellen Eintragungsvoraussetzungen	26
A. Prüfung der zivilrechtlichen Voraussetzungen	26
B. Prüfung der öffentlichrechtlichen Voraussetzungen	33
C. Prüfung auf Wahrheit	37
D. Prüfung auf Täuschungsgefahr	41
IV. Schlußbemerkung	43

2. Teil: Die Kognition im Rechte der AG

1. Kapitel:

Prüfung der registerrechtlichen (formellen) Eintragungsvoraussetzungen

§ 5. Eintragung der neugegründeten AG	45
I. Vorbemerkung (Bedeutung der heilenden Wirkung des Eintrages)	45
II. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsregisters	47
III. Zuständigkeit und Identität der anmeldenden Personen	47
IV. Form und Inhalt der Anmeldung und der Anmeldungsbelege	48
A. Anmeldung	48
B. Statuten	50
C. Öffentliche Urkunde über die konstituierende Generalversammlung bei der Sukzessivgründung bzw. den Errichtungsakt bei der Simultangründung	53

	Seite
1. Form der öffentlichen Urkunde	53
a) Örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson	54
b) Sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson	54
c) Beurkundungsverfahren	56
2. Inhalt der öffentlichen Urkunde	58
a) Bei der Sukzessivgründung	58
b) Bei der Simultangründung	61
3. Beilagen zur öffentlichen Urkunde. (Die Einzahlungsstellen und die kantonalen Depositenstellen sowie die von ihnen auszustellenden Bescheinigungen)	63
D. Statutenentwurf, Gründerbericht und Prospekt	68
E. Weitere Belege	69
F. Amtssprache	72
§ 6. Änderungseintragungen	73
I. Allgemeines (Änderung i. e. S., Berichtigungen, Annullierung)	73
II. Änderungen geringfügiger Natur	77
III. Änderungen in der Verwaltung und Vertretung	78
IV. Statutenänderungen.	79
A. Allgemeines	79
B. Veränderungen des Grundkapitals	81
1. Erhöhung des Grundkapitals	81
2. Weitere Einzahlungen auf das Grundkapital	86
3. Herabsetzung des Grundkapitals	86
C. Verlegung des Sitzes	92
V. Auflösung und Löschung	93
A. Auflösung und Löschung nach erfolgter Liquidation	93
B. Auflösung und Löschung durch Konkurs	99
C. Auflösung und Löschung durch Nachlaßvertrag	100
D. Auflösung und Löschung ohne Liquidation	101
1. Fusion	101
a) Annexion (OR 748).	101
b) Kombination (OR 749)	104
2. Umwandlung einer AG in eine GmbH (OR 824/826)	105
3. Andere Umwandlungen	107
4. Übernahme durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts	107
§ 7. Eintragung von Zweigniederlassungen	108
I. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsregisters	108
II. Zuständigkeit der anmeldenden Personen	109
III. Anmeldebelege	110
§ 8. Änderungseintragungen bei Zweigniederlassungen	112
I. Änderungen	112
II. Löschung	113

2. Kapitel:

Prüfung der materiellen Eintragungsvoraussetzungen

§ 9. Allgemeines	115
§ 10. Prüfung auf Wahrheit. (Das Problem der Sachübernahme und seine Behandlung durch die Handelsregisterbehörden)	116
§ 11. Prüfung der zivilrechtlichen Gesetzmäßigkeit	122
I. Grundsätzliches	122
II. Beispiele	128

Literaturverzeichnis

- Adler, C.* Die Öffentlichkeit des Handelsregisters und wie weit reicht sein öffentlicher Glaube? (Diss. Heidelberg 1908).
- Beyli, W.* Von der öffentlichen Beurkundung bei der AG. (In: SAG 1937/38, 1 ff. und 39 ff.).
- BGE. Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
- Brand.* Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters. (In: ZBH 1928, 97 ff.).
- Burckhardt, W.* Schweiz. Bundesrecht. Staats- und verwaltungsrechtliche Praxis des Bundesrates und der Bundesversammlung von 1903 bis 1928. (Frauenfeld 1930/32). Bd. III, Kapitel 4: Das Schweiz. Handelsregister.
- Couchepin, R.* Praxis des Bundesgerichts in Handelsregistersachen (Zürich 1946).
- Denzler, O.* Die Stellung der Filiale im internen und internationalen Privatrecht (Diss. Zürich 1902).
- Fester, F.* Die Bedeutung der Eintragung in das Handelsregister (Diss. Marburg 1911).
- Frehner, R.* Die aktienrechtliche Fusion nach schweiz. Recht (Diss. Zürich 1945).
- Frey, E.* Die Prüfungspflicht des Handelsregisterführers nach schweiz. Recht (Diss. Masch. Schr. Basel 1941).
- Guhl, T.* Das Schweiz. Obligationenrecht (3. A. Zürich 1944).
- Hartmann, Jost.* Firmenrecht und Handelsregister im schweiz. Recht (Diss. Bern 1940).
- Hartmann, Julius* Handelsregister und Geschäftsfirmen (In: Sieben Vorträge über das neue OR, Basel 1937).
- Hauser, F.* Der Mantel bei der AG und GmbH (Diss. Fribourg 1939).
- Herold, H.* Zwingendes Aktienrecht (Diss. Zürich 1931).
- His, E.* Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung. Kommentar zum ZGB, Bd. VII, 4. Abt. (Bern 1940).
- Huber, K.* Die qualifizierte Gründung der GmbH (Diss. Bern 1939).
- Jaquerod/v. Steiger.* Eintragungsmuster für das Handelsregister (Zürich 1943).
- Maurer, R.* Die Kognition des Handelsregisterführers (Diss. Zürich 1941).
- MBVR. Monatsschrift für Bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen.
- Noël, H.* La Responsabilité civile des Organes du Registre du Commerce (Diss. Fribourg 1936).
- Plangg, K.* Die rechtlichen Wirkungen der Eintragungen ins Handelsregister nach schweiz. Recht (Diss. Zürich 1922).
- Prot. Protokoll der Expertenkommission für die Revision der Titel 24/33 des OR (1928).
- SAG. Schweiz. Aktiengesellschaft.
- Schreiber, W.* Die Prüfung des Registerrichters bei Eintragung einer GmbH (Diss. Leipzig 1933).
- Schucany, E.* Kommentar zum schweiz. Aktienrecht (Zürich 1940).
- SHAB. Schweiz. Handels-Amts-Blatt.

- Siegmund, L.* Handbuch für schweiz. Handelsregisterführer (Basel 1892).
- Siegwart, A.* Die Aktiengesellschaft. Allgemeine Bestimmungen (Art. 620 bis 659 OR). Kommentar zum ZGB, Bd. V, Teil 5a. (Zürich 1945).
- SJK.* Schweiz. Juristische Kartothek (Genf 1941 ff.).
- SJZ.* Schweiz. Juristen-Zeitung.
- Stampa, U.* Sammlung von Entscheiden des Bundesrates und seines Justiz- und Polizeidepartementes in Handelsregistersachen (Bern 1923).
- von Steiger, F.*¹ (Prüfung). Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister (Zürich 1937).
- von Steiger, F.* (AG). Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz (Zürich 1946).
- Verw. Entsch. Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden.
- Volkart, C.* Zur öffentlichen Beurkundung von Gesellschaftsgründungen und Kapitalerhöhungen (In: ZBGR 1939, 115 ff.).
- Wehrli, U.* Die Sachübernahmegründung der AG nach schweiz. und deutschem Recht (Diss. Zürich 1940).
- Weiß, G.* Sammlung eidg. und kantonaler Entscheidungen zum ZGB und OR (Zürich 1925/34).
- Weiß, G.* Die unentziehbaren Rechte des Aktionärs (In: SJZ 1943, 513 ff. und 529 ff.; SAG 1943/44, 51 ff. und 69 ff.).
- Wieland, C.* Handelsrecht, 2 Bde. (München/Leipzig 1921/31).
- Wiener, R.* Das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters des Handelsregisters (Diss. Frankfurt am Main 1933).
- ZBGR.* Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
- ZBH.* Zentralblatt für Handelsrecht. (Berlin).
- ZBJV.* Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
- ZSGV.* Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung.
- ZSR.* Zeitschrift für Schweiz. Recht.

¹ Chef des Eidg. Amtes für das Handelsregister.

Kreisschreiben des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements

- Kreisschr. 1937. Kreisschreiben des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister zur Einführung der Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.
(Vom 20. August 1937; BBl. 1937 II 812 ff.).
- Kreisschr. 1940. Kreisschreiben des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister.
(Vom 15. März 1940; BBl. 1940 I 342 ff.).
- Kreisschr. 1948. Kreisschreiben des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister betreffend die kantonalen Depositenstellen.
(Vom 21. Januar 1948; BBl. 1948 I 683 ff.).
- Kreisschr. 1950. Kreisschreiben des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Handelsregister betreffend Löschung von juristischen Personen und Filialen ausländischer Unternehmungen im Handelsregister.
(Vom 10. Juni 1950; BBl. 1950 II 201 ff.).

Mitteilungen des Eidg. Amtes für das Handelsregister (im Schweiz. Handels-Amts-Blatt)

- SHAB 1939 Nr. 10 vom 13. Januar:
«Zur Eintragung der Herabsetzung des Aktienkapitals in das Handelsregister.»
- SHAB 1941 Nr. 63 vom 15. März:
«Zur Eintragung von Vollmachten bei Haupt- und Zweigniederlassungen.»
- SHAB 1942 Nr. 188 vom 15. August:
«Zur Eintragung von Transportfirmen.»
- SHAB 1943 Nr. 137 vom 16. Juni:
«Was müssen die Statuten vorsehen hinsichtlich der Bekanntmachungen?»

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. a. O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
App.	Appellation
AG	Aktiengesellschaft
allg.	allgemein
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BBl.	Bundesblatt
Bd.	Band
Beh.	Behörde
Ber.	Bericht
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGer.	Bundesgericht
BGer.Regl.	Bundesgerichtsreglement vom 21. Oktober 1944
bzw.	beziehungsweise
Dep.	Departement
Diss.	Dissertation
Eidg.HRegAmt	Eidgenössisches Amt für das Handelsregister
Entsch.	Entscheidung, Entscheid
f.	und folgende (Singular)
ff.	und folgende (Plural)
Ger.	Gericht
gl. M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Generalversammlung
H.	Heft
HRegF	Handelsregisterführer
HRegV	Handelsregisterverordnung vom 7. Juni 1937
i. e.	id est
i. e. S.	im engeren Sinn
i. S.	in Sachen, im Sinne von
JPD	Justiz- und Polizeidepartement
Kreisschr.	Kreisschreiben
Kt., kt.	Kanton, kantonal
Lit.	Literatur
lit.	litera
lt.	laut
Masch.Schr.	Maschinenschrift
m. a. W.	mit anderen Worten
m. E.	meines Erachtens
Mitt.	Mitteilung

N	Note, Fußnote
Nr.	Nummer
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. Dezember 1943
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
aOR	(früheres) Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
publ.	publiziert
RegR	Regierungsrat
rev.	revidiert
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889
SchlT.	Schlußtitel
sog.	sogenannt
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937
u. a.	unter anderem
ÜbgBest.	Übergangsbestimmungen
Urt.	Urteil
u. U.	unter Umständen
Verw.	Verwaltung
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VVO	Vollziehungsverordnung
VR	Verwaltungsrat
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Einleitung

Die vorliegende Arbeit versucht Objekt und Umfang der Kognition des Handelsregisterführers (und der ihm übergeordneten Handelsregisterbehörden) im allgemeinen und im Rechte der Aktiengesellschaft im besondern zu umreißen.

Es soll aufgezeigt werden, auf was der Handelsregisterführer und die an einem Eintrag oder einer Änderung im Handelsregister Beteiligten (d. h. vor allem Anmeldungspflichtige bzw. Anmeldeberechtigte und Urkundspersonen) in Ausübung ihrer Pflichten insbesondere ihr Augenmerk zu richten haben, um zu einem rechtsgültigen Eintrag zu gelangen.

Es soll die Grenzlinie gezogen werden, bis zu welcher die Kognitionskompetenzen der Handelsregisterbehörden reichen und von den Anmeldenden und Eingetragenen geduldet werden müssen.

Es sollen die Voraussetzungen klargelegt werden, unter denen jene zur Durchsetzung ihrer privaten Interessen auf den Beistand der Handelsregisterbehörden zählen können, die eine mit einer nachgesuchten oder bereits vollzogenen Eintragung bzw. Änderung zusammenhängende Interessenlage durch Verhinderung, Erwirkung oder Beseitigung von Eintrag bzw. Änderung zu ihrem Sinne umgestalten möchten,

1. Teil:

Die Kognition im allgemeinen

§ 1. Gesetzliche Regelung

Das OR äußert sich in Art. 940 I unter dem Marginale «Prüfungspflicht» folgendermaßen zur Kognition des Handelsregisterführers (HRegF):

«Der Registerführer hat zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt sind.»

Der entsprechende Art. 21 I der Handelsregisterverordnung (HRegV) jedoch lautet:

«Bevor der Registerführer eine Eintragung vornimmt, hat er zu prüfen, ob hierfür die Voraussetzungen nach Gesetz *und Verordnung* erfüllt sind.»

Diese Ausdehnung der Kognition wurde dadurch bedingt, daß die HRegV¹, zur Entlastung des OR und um das Registerwesen den sich allfällig verändernden Umständen leichter anpassen zu können, kraft gesetzlicher Delegation weitere, das Gesetz ergänzende registerrechtliche und firmenrechtliche Vorschriften enthält (OR 929, 936, 944).

Nach OR 940 II und HRegV 21 II ist bei der Eintragung juristischer Personen insbesondere zu prüfen, «ob die Statuten keinen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen», und gestützt auf HRegV 38 I ist darauf zu achten, daß alle Eintragungen² wahr sind, zu keinen Täuschungen Anlaß geben und keinem öffentlichen Interesse widersprechen.

Aus der Rechtsnatur dieser Bestimmungen ergibt sich, daß es sich bei der Kognition um eine öffentlichrechtliche Kompetenz handelt, zu deren Ausübung der HRegF berechtigt und zugleich verpflichtet ist³. Die Prüfung erstreckt sich sowohl auf die formellen,

¹ Die HRegV ist eine vollziehende und gesetzvertretende Rechts- und Verwaltungsverordnung.

² Unter «Eintragung» wird dabei verstanden:

Die *Neueintragung* von Tatsachen und Rechtsverhältnissen, die Eintragung ihrer *Änderung* und die sog. *Löschung* (OR 937, 938, HRegV 33; His OR 932 N3).

³ His OR 927 N2–5 und OR 940 N1.

registerrechtlichen Voraussetzungen als auch auf die materielle Ordnungsmäßigkeit der Eintragungen. Sie hat der Eintragung zeitlich voranzugehen (HRegV 21 I), und zwar jeder Eintragung, liege nun der Anstoß dazu in einer Anmeldung des dazu Verpflichteten bzw. Berechtigten oder erfolge sie von Amtes wegen oder auf amtliche Veranlassung hin, auf Grund eigener Erhebungen des HRegF, einer Mitteilung oder Anweisung seitens anderer Behörden oder auf Verlangen von Seite Dritter⁴, denn der HRegF hat auf Grund des Prüfungsergebnisses auch stets zu entscheiden, ob eingetragen werden darf bzw. muß oder nicht. Vorbehalten bleiben die Genehmigung durch das Eidgenössische Amt für das Handelsregister (Eidg. HRegAmt) gemäß HRegV 115 und 117 und die teilweise weitergehenden Entscheidungsbefugnisse der kantonalen Aufsichtsbehörden⁵.

Würde allein auf die Regelung in Gesetz und Verordnung abgestellt, so könnte gefolgert werden, der HRegF habe vor jeder Eintragung vollumfänglich zu prüfen, ob die notwendigen Voraussetzungen gegeben seien. Ein Blick auf Literatur und Praxis zeigt jedoch, daß dem nicht so ist. Hier gilt der allgemein anerkannte Grundsatz: «Die Kognition des HRegF ist nur eine beschränkte, sie kann und darf nicht in allen Fällen eine erschöpfende sein.»⁶ Diese Regel erklärt sich aus dem Prinzip der Gewaltentrennung; das HReg kann als Verwaltungsbehörde nicht mit den gleich weit reichenden Kompetenzen ausgerüstet sein wie der Richter.

Mit der Beschränkung der Kognition erhebt sich aber notwendig die Frage nach dem Umfang derselben. Da Gesetz und Verordnung hier jeder positiven Regelung entbehren, mußte die Frage nach der Intensität der Prüfung zwangsläufig zu zahlreichen Meinungsverschiedenheiten führen. Ausgehend vom Zweck des Handelsregisters und unter Berücksichtigung der andern, neben der Prüfung zur Erreichung und Garantierung desselben gegebenen Mittel gelangte die Praxis zu einer gewissen, allgemeinen Umgrenzung der Prüfungsbefugnis. Es soll darum vorgängig des Versuchs, einen Überblick über die Grundsätze bezüglich des Prüfungsumfanges zu geben,

⁴ OR 939, 941, HRegV 32 II, 57–68.

⁵ HRegV 31, 58, 60, 61, 67, 68 III, 89 III, 90, 91, 96, 121.

⁶ His OR 940 N 1 ff.; Wieland I 228/229; Siegwart OR 640 N 18; von Steiger Prüfung 11; von Steiger AG 123 ff.; von Steiger in SJK Karte 36; derselbe in SAG 1944/45, 78.

kurz auf den Zweck und die zu seiner Realisierung gegebenen Mittel eingegangen werden.

§ 2. Zweck des Handelsregisters

Das Handelsregister soll zur Hebung der Sicherheit im Rechtsverkehr als öffentliches, von staatlichen Verwaltungsbehörden geführtes Verzeichnis die für den Verkehr besonders bedeutsamen Rechtsverhältnisse und rechtlich erheblichen Tatsachen bei gewissen Rechtssubjekten in zuverlässiger und vollständiger Weise zur Kenntnis der interessierten Kreise bringen¹.

Weil im Handel in erster Linie die Haftung interessiert, prägte Wieland² den Satz: «Wesentlicher, wenn auch nicht ausschließlicher Zweck des Handelsregisters ist die Klarlegung der Haftungsverhältnisse.»

Das Register soll grundsätzlich nicht dazu berufen sein, Auskunft zu geben über die Kreditwürdigkeit oder über andere wirtschaftliche Verhältnisse der eingetragenen Firmen³.

Mit dieser dem Handelsregister zugedachten Hauptfunktion, die – obwohl im Gesetz unausgesprochen – als die tragende Idee der Großzahl aller handelsregisterlichen Einzelnormen betrachtet werden kann, ist ein glücklicher Ausgleich zwischen den verschiedenen, sich oft zuwiderlaufenden Interessen und Forderungen der am Handelsverkehr beteiligten Kreise erreicht worden:

Dem aus dem allgemeinen Bedürfnis nach Rechtsschutz und Rechtssicherheit des einzelnen Bürgers entspringenden Verlangen nach einem verlässlichen und umfassenden Orientierungs- und Auskunftsmittel wurde insoweit entsprochen, als das Handelsregister

¹ His OR 927 N 7 8; von Steiger Prüfung 10; derselbe in SJK Karte 5; SAG 1942 43, 50 und 1944 45, 169; SJZ 1934 35, 276; Guhl 573; BGE 57 I 321; vgl. auch Brand in ZBH 1928, 98.

² Wieland I 220.

³ Prot. S. 685; His OR 927 N 8; von Steiger in SJK Karte 5. Dies zeigt sich z. B. deutlich bei Kommandit-, Aktien- und Kommanditaktiengesellschaften, wo für den Fall, daß Kommanditäre und Aktionäre nicht zur vollen Liberierung verpflichtet werden, nirgends eine gesetzliche Verpflichtung besteht, daß diese sich gegenüber dem HReg auch über ihre Solvenz auszuweisen hätten. Die einzige Sicherung bietet bei AG und KommanditAG OR 753 Ziff. 3 (Gründhaftung).

bindende Auskunft gibt über die Haftungs- und Vertretungsverhältnisse. Diese Beschränkung des Registerinhalts auf das Wesentliche ermöglicht es anderseits, gewisse im freien Wettbewerb begründete Geheimhaltungs- und gesunde Unabhängigkeitsinteressen der zur Eintragung Verpflichteten oder Berechtigten weitgehend zu respektieren und die Forderung nach einem einfachen und schnellen Eintragungsverfahren in ausreichendem Maße zu erfüllen. Solche berechtignte Interessen der einzelnen einzutragenden Firma hätten nicht mehr gewahrt werden können, wenn das Handelsregister auch über die Kreditfähigkeit hätte Auskunft geben müssen. Abgesehen davon wäre eine solche Zwecksetzung – auch in einem beschränkten Rahmen – überhaupt nicht durchführbar. Der in diesem Falle benötigte Verwaltungsapparat würde allein schon zufolge seiner Schwerfälligkeit und Kostspieligkeit den Staat und insbesondere das Unternehmertum viel zu stark belasten. Absolut untragbar wird er jedoch, sobald man sich neben dem Aufwand den damit erzielbaren Nutzen vergegenwärtigt: Auch die beste Organisation vermöchte niemals mit den sich täglich und stündlich wandelnden Vermögensverhältnissen Schritt zu halten und darüber den ins Handelsregister Einsichtnehmenden auch nur einigermaßen zuverlässig Aufschluß zu geben.

Damit ist auch bereits angedeutet, daß neben den genannten zwei Hauptinteressengruppen und ihren Ansprüchen insbesondere noch die im Interesse aller liegende Frage, unter was für Bedingungen eine geordnete und zuverlässige Registerführung erreicht werden kann, auf die Art der Ausgestaltung des Registerrechts gewirkt hat⁴.

§ 3. Die zur Verwirklichung des Zwecks gegebenen Mittel

Nicht nur der Registerinhalt, sondern auch die andern vom Gesetz vorgesehenen Mittel sind entsprechend der ganzen Zweckbestimmung auf die drei ausschlaggebenden Interessensphären ausgerichtet. Auch sie wurden so gewählt, daß die Forderungen der einen Seite weitgehend erfüllt werden konnten, unter möglichst geringer Tangierung der entgegengesetzten Interessen.

1. Neben jenen Normen, deren im Allgemeininteresse liegendes

⁴ Vgl. zur Interessenlage beim HReg Wiener 20ff.

Endziel die vollständige und zuverlässige Registerführung bildet¹, wirken als besonderer Schutz des das Register konsultierenden *Publikums* die folgenden Regeln:

a) Absolute Öffentlichkeit des Registers (OR 930, HRegV 9), die noch intensiviert wird durch die obligatorische Veröffentlichung der Eintragungen im «Schweizerischen Handelsamtsblatt» und die fakultative Publikation in kantonalen Blättern (OR 931, HRegV 113, 116 und 118).

b) Haftung der zur Anmeldung einer Eintragung Verpflichteten für denjenigen Schaden, der kausal aus einer von ihnen verschuldeten Nichtanmeldung eintragungspflichtiger Tatsachen bei einem Dritten entstanden ist (OR 942). Diese Schadenersatzpflicht tritt natürlich ebenfalls ein, wenn eine unrichtige oder lückenhafte Eintragung vorliegt². Ergänzend treten hinzu die Haftung der kantonalen Registerbehörden im Sinne von OR 928³ und, bei der Errichtung einer Aktiengesellschaft, die Gründerhaftung gemäß OR 753.

Hat der Anmeldungspflichtige für derart von ihm verursachten Schaden einzustehen, so soll er auch alle unmittelbar bei ihm selber eintretenden, nachteiligen Konsequenzen, die sich aus einer Nichtanmeldung oder mangelhaften Eintragung ergeben können, selber tragen.

c) Darum bestimmt OR 933 II: «Wurde eine Tatsache, deren Eintragung vorgeschrieben ist, nicht eingetragen, so kann sie einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn bewiesen wird, daß sie diesem bekannt war» (sog. negative Publizitätswirkung). Bezüglich der vollzogenen Eintragungen anerkennen Literatur und Praxis den praeter legem aufgestellten Grundsatz: Der Eingetragene muß sich vom gutgläubigen Dritten⁴ auch bei einer, den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Eintragung behaften lassen, außer er könne den Nachweis erbringen, daß die Eintragung nicht durch ihn oder einen andern Anmeldungsberechtigten veranlaßt worden sei, oder daß ein von Gesetzes wegen wirkendes Ereignis die einge-

¹ Siehe hinten S. 21 Ziff. 3.

² Für den Fall, daß diese Spezialnorm nicht anwendbar ist, besteht u. U. für den Dritten noch die Möglichkeit, sich auf die allgemeine Norm von OR 41 ff. berufen zu können (His OR 942 N 2).

³ Vgl. darüber die Monographie von Noël und His OR 928 N 1 ff.

⁴ Auch hier wäre der böse Glaube, d. h. die Kenntnis der Unrichtigkeit, vom Eingetragenen zu beweisen (Plangg 19; His OR 933 N 25).

tragenen Verhältnisse verändert habe⁵. Eine Ausnahme bilden die Art. 608 und 609 OR, wonach ein Kommanditär nie mit einer geringeren Kommanditsumme haftet, als der im Handelsregister angegebenen, und zwar auch dann, wenn der außenstehende Dritte von einem anders lautenden Gesellschaftsvertrag weiß.

2. a) Das möglichst schnelle, reibungslose und einfache Registrierungsverfahren, welches vor allem *die zur Eintragung Verpflichteten und Berechtigten* fordern, wird dadurch erreicht, daß ZGB, OR und HRegV für die überwiegende Mehrzahl der Fälle⁶ abschließend und verbindlich Auskunft geben über die Eintragungspflicht bzw. -Berechtigung, die zur Anmeldung legitimierten Personen, den Ort, den Inhalt und die Art und Weise der Anmeldung und die ihr beizugebenden Belege, sowie über die sonstigen materiell- und registerrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung.

b) Obschon die Haftungsbestimmungen⁷ und die staatlichen Zwangsmittel⁸ dem Anmeldenden weitgehend das Interesse an einer unrichtigen Eintragung nehmen, bildet doch sein guter Wille die Hauptgrundlage für ein befriedigendes Funktionieren des Handelsregisters. Nicht zuletzt um diesen Willen zu erhalten und den Anmeldungspflichtigen auch positiv an der Eintragung zu interessieren äußert das Register auch gewisse Wirkungen zum Vorteil des Eingetragenen: So vor allem die sog. positive Publizitätswirkung im Sinne von OR 933 I. Des weitern sind mit der Eintragung verknüpft die Erlangung des Firmenschutzes⁹, der Erwerb der Rechtspersönlichkeit¹⁰, welcher bei der AG durch die sog. Heilung noch besonders gesichert wird¹¹, und die Unterstellung unter die kreditfördernde Wechsel- und Konkursbetreibung^{12 13}.

⁵ His OR 933 N 21 ff.; Plangg 114 N 49, 115; Fester 94; Schreiber 22 ff.; BGE 57 I 321.

⁶ Über gewisse zusätzliche Ausweise in Einzelfällen auf Grund von Spezialgesetzen vgl. hinten S. 33 ff.

⁷ Vgl. vorn S. 19 f.

⁸ Vgl. hinten S. 21.

⁹ OR 945 ff., 956.

¹⁰ ZGB 52, OR 643, 764, 783, 838.

¹¹ OR 643; BGE 64 II 272. – Überdies wird in der Theorie die Auffassung vertreten, daß aus Gründen der Verkehrssicherheit auch bei Eintragungen von GmbH und Genossenschaften mit Mängeln im Gründungsverfahren und bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften mit Willensmängeln im Gesellschaftsvertrag Heilung eintreten müsse (Guhl 582).

¹² SchKG 39, 159 ff., 177 ff.

3. Zu der *geordneten und zuverlässigen Registerführung*, wie man sie im Interesse aller Beteiligten von den zuständigen Behörden erwarten darf, sollen namentlich die nachstehenden, gesetzlichen Vorkehrungen verhelfen:

a) Die Beschwerde-, Einsprache- und Antragsmöglichkeiten gemäß HRegV 3 III, 5¹⁴, 32 und 57 II und die persönliche Haftbarkeit der kantonalen Registerbehörden gemäß OR 928 zur Sicherung des Publikums vor Schaden aus Pflichtverletzungen dieser Behörden.

b) Als Maßnahmen gegen Rechtsverstöße seitens der zur Anmeldung Verpflichteten bzw. Berechtigten und gleichzeitig zur bestmöglichen Sicherstellung der Lückenlosigkeit des Registers, sowie der formellen und materiellen Richtigkeit der einzelnen Eintragungen dürfen angesprochen werden:

Die von der Kognition zu unterscheidende¹⁵ Verpflichtung der HRegF zur Ermittlung der Inhaber eintragungspflichtiger Gewerbe und zur Feststellung der mit den Tatsachen nicht mehr übereinstimmenden Eintragungen, ergänzt durch die Melde- und Rechtshilfepflicht anderer Behörden (OR 941, HRegV 63) und die Möglichkeit daß eine Eintragung oder Änderung von dritter Seite verlangt werden kann (HRegV 32 I, 57 II, 60 III, 62 II);

die zwangsweise Herbeiführung von Neueintragungen und Änderungen oder deren Vollziehung von Amtes wegen bei passivem oder renitentem Verhalten der Anmeldungspflichtigen oder wegen Wegfall derselben oder auf Grund richterlicher oder verwaltungsbehördlicher Entscheide und Verfügungen (OR 939, 941, 955, HRegV 57, 58, 60, 61, 64/66, 68, 77, 86, 89, 91, 96, 100, 104, 106, 109);

die besonderen Strafandrohungen des Bundesgesetzes betr. Strafbestimmungen zum Handelsregister- und Firmenrecht vom 6. Oktober 1923¹⁶ und die Bestimmungen über Auferlegung von Ordnungsbußen (OR 943, HRegV 2, 57 IV, 60 II, 85 III, 91 II, 121 II);

¹³ Von welchem Zeitpunkte an ein Eintrag die in den Ziffern 1. c) und 2. b) genannten Wirkungen gegenüber Dritten und Beteiligten zu äußern beginnt, bestimmt OR 932 (unter Vorbehalt abweichender gesetzlicher Vorschriften wie OR 647 III und 785 II); vgl. His OR 932 N 111–125.

¹⁴ Vgl. auch OG Art. 99, Ziff. 1, lit. b und BGerRegl. Art. 5, Ziff. 4.

¹⁵ Kreisschr. 1937, Ziff. 17; His OR 932 N 67/71.

¹⁶ Vgl. auch StGB 152 (Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften) und StGB 251 ff. (Urkundenfälschung).

die Kognition der Handelsregisterbehörden (OR 940, HRegV 21 und 38; siehe auch OR 941 und 955).

§ 4. Objekt und Umfang der Kognition

I. Allgemeines

Nach der vorstehenden Zusammenstellung der zur Erreichung des Handelsregisterzwecks gegebenen Mittel erweisen sich die Haftungsbestimmungen als die ausschlaggebende Komponente dafür, daß sich der in das Handelsregister Einsichtnehmende auf die Eintragungen verlassen kann. Durch die Haftungs Vorschriften wird er in allen Fällen mangelnder, unwahrer oder lückenhafter Eintragung weitgehend geschützt.

Eine zusätzliche Garantie, insbesondere auch in bezug auf die Gesetzmäßigkeit der Eintragungen, bilden für ihn die Kognition und die andern sub Ziffer 3 der obigen Zusammenstellung aufgeführten gesetzlichen Vorkehren. Wenn sie für den Einsichtnehmenden auch keine absolut sichere Gewähr für die Gesetzmäßigkeit und Wahrheit einer Eintragung zu bieten vermögen¹, so ersparen sie ihm doch in zahlreichen Fällen, zur Wahrung seiner Interessen selber und direkt – nötigenfalls auf dem langwierigen, den flüssigen Ablauf von Handel und Wandel hemmenden Prozeßwege – gegen den Eingetragenen vorgehen zu müssen, sei es unter Anrufung der Haftungsbestimmungen, weil er durch einen fehlenden, unrichtigen oder lückenhaften Eintrag geschädigt worden ist, oder sei es durch Berufung auf eine andere, zu seinem Schutze aufgestellte Norm, wenn er sich durch irgendwelche Folgen einer sonstwie rechtswidrigen Eintragung in seinen berechtigten Interessen verletzt glaubt.

Gerade diese Auswirkungen, die die Beteiligten vor so und so vielen Unzukömmlichkeiten bewahren, verleiten nun aber gerne zur Annahme, die Aufgabe der Kognition bestehe ausschließlich darin, solch vorbeugende Wirkungen zum Vorteil des Einsichtnehmenden zu erzielen, und zur entsprechenden Schlußfolgerung, einzig das Interesse des Einsichtnehmenden an derartigen Wirkungen liefere den richtigen Maßstab zur Bestimmung des gesuchten Kognitionsumfanges². Diese Betrachtungsweise ist jedoch offensichtlich zu ein-

¹ In diesem Sinne auch Adler 19.

² His OR 940 N 15; Frey 3 und 38.

seitig, so daß ihr nicht beigespflichtet werden kann. Es muß vielmehr ausdrücklich wiederholt und festgehalten werden, daß in den ange-deuteten Auswirkungen nichts anderes erblickt werden kann, als eine – wenn auch eine der hervorstechendsten – tatsächlichen Folge-erscheinungen des Bestrebens der Registerbehörden, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln, zu denen auch die Kognition gehört, nach Möglichkeit das Zustandekommen mangelhafter Ein-träge zu verhindern. Daher können sich auch der Umfang der Prü-fung, das Maß ihrer Beschränkung nur ergeben aus dem behördli-chen Bestreben, im Rahmen des für eine Verwaltungsbehörde rech-tlich überhaupt Zulässigen (Grundsatz der Gewaltentrennung) und unter gebührender Berücksichtigung der Interessen der zur Anmel-dung Verpflichteten bzw. Berechtigten das Handelsregister mög-lichst von mangelhaften Eintragungen frei zu halten und ein zuver-lässiges, bestimmungsgemäßes Funktionieren desselben zu gewähr-leisten.

Wie wirkt sich nun die Anwendung dieser Richtlinien aus bei der Prüfung der verschiedenen, von Gesetz und Verordnung für die Eintragung verlangten Voraussetzungen? Wann haben die Handels-registerbehörden die Voraussetzungen, daß

1. die Eintragung jenen gesetzlichen (registerrechtlichen, zivilrecht-lichen und öffentlichrechtlichen) Vorschriften, die unmittelbar für die Eintragbarkeit der rechtserheblichen Tatsachen bestimmend sind³, entsprechen soll,

2. die Eintragung wahr sein muß und

3. zu keinen Täuschungen Anlaß geben darf⁴, als erfüllt oder nicht erfüllt zu betrachten und die Eintragung vorzunehmen bzw. zu verweigern?

II. Prüfung der registerrechtlichen (formellen) Eintragungsvoraussetzungen

Die formelle Kognition umfaßt:

1. Die Prüfung, ob die Eintragung der angemeldeten Tatsachen und Rechtsverhältnisse von Gesetz und Verordnung überhaupt vor-gesehen ist, d.h. ob eine Eintragungspflicht oder ein Eintragungs-recht besteht (z.B.: OR 934/936, HRegV 10, 20, 52 ff.).

³ His OR 940 N 21 und 35.

⁴ OR 940, HRegV 21 und 38 II.

2. Die Prüfung der örtlichen Zuständigkeit des Registers zur Vor-
nahme der Eintragung (z.B. OR 934, 935, für AG insbesondere
OR 640 I).

3. Die Prüfung der Zuständigkeit⁵ und Identität⁶ der anmeldenden
Personen (z.B.: HRegV 22, 23 I).

4. Die Prüfung, ob die Anmeldung und die von Gesetz und Ver-
ordnung verlangten Belege in gültiger Form vorliegen (z.B.: HRegV
22 II, 23 ff.). – Diese Prüfung steht dem HRegF auch gegenüber
öffentlichen Urkunden und Gerichtsentscheiden zu. So hat er zu
prüfen, ob öffentliche Urkunden, die bei der Anmeldung als Belege
einzureichen sind, ordnungsgemäß zustande gekommen sind⁷, ob
die Urkundsperson örtlich und sachlich zuständig gewesen ist⁸. –
Bildet an Stelle der Anmeldung ein richterliches Urteil den unmittel-
baren Anstoß für die Eintragung (z.B.: OR 939, HRegV 32 II, 59 II,
64/67) oder dient es als unumgänglich notwendiger Beleg (z.B.:
OR 746 Ziff. 4, 770 II, HRegV 59 II, 64 II), so soll die Eintragung
erst vorgenommen werden, wenn der Gerichtsentscheid formell
rechtskräftig und vollstreckbar geworden ist⁹.

5. Die Prüfung, ob die Anmeldung und die Belege alle nach Gesetz
und Verordnung notwendigen Angaben enthalten (z.B.: OR 940 II,
HRegV 21 II, 78 ff.)¹⁰.

Das Vorliegen dieser teils im öffentlichen Interesse aufgestellten,
teils rein verwaltungstechnisch bedingten Voraussetzungen ist vom
HRegF vorgängig jeder weitergehenden Prüfung zu untersuchen. Er
wird dies allein schon aus arbeitsökonomischen Gründen tun, bilden
doch die Angaben, die in den Anmeldungen und Belegen enthalten
sind, zusammen mit dem bisherigen Registerinhalt grundsätzlich

⁵ Entsch. des Eidg. JPD vom 23. Nov. 1928 in Verw. Entsch. Heft 2 Nr. 43,
SJZ 1929/30, 127 ff. und ZBJV 1929, 376 ff.

⁶ ZBGR 1943, 166.

⁷ ZBGR 1945, 12 ff.; His OR 940 N 3.

⁸ His OR 940 N 24; Entsch. des Freiburger Kt. Ger. als Aufsichtsbeh. über das
HReg vom 4. Dez. 1942 in ZBGR 1945, 85 ff., SJZ 1943, 248 und SAG 1942/43,
213 f.

⁹ Kreisschr. 1937 Ziff. 18 und 19; Kreisschr. 1940 Ziff. 14; Nicht publ. Ur-
t. des BGer. vom 2. Febr. 1937 i. S. Albert Lins gegen J. H. Nüssli und Zürich in
SAG 1936/37, 184; His OR 940 N 74; SJK Karte 36. Das Gleiche hat auch zu
gelten, wenn es sich um eine Verfügung einer Verwaltungsbehörde handelt
(z.B. Vormundschaftsbehörde, ZGB 393 Ziff. 4, HRegV 59 II).

¹⁰ BGE 69 I 51; His OR 940 N 25.

die einzigen Unterlagen, anhand derer er die materielle Gesetzmäßigkeit der nachgesuchten Eintragungen zu überprüfen in der Lage ist.

Die Prüfung in dieser Richtung steht aber auch hinsichtlich ihrer Intensität an erster Stelle: Im Gegensatz zu den sonstigen öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen¹¹ bilden die registerrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen «die eigentliche Domäne jedes Handelsregisterführers»¹². Seit jeher wird darum mit Recht von ihm verlangt, er habe insbesondere diesen formellen Vorschriften Nachachtung zu verschaffen und jeweilen genau darauf zu achten, daß sie eingehalten werden¹³.

Der HRegF sowie die ihm übergeordneten Beschwerde- und Überprüfungsinstanzen haben somit das Recht und die Pflicht, alle Fragen, die rein registerrechtliche Vorschriften betreffen, im vollen Umfange zu prüfen und zu entscheiden¹⁴. Sind nicht alle von Gesetz und Verordnung verlangten, formellen Voraussetzungen gegeben, so muß die nachgesuchte Eintragung verweigert werden.

Die einzige Ausnahme bildet HRegV 31, wonach bei nicht vorschriftsgemäßer Unterzeichnung einer Anmeldung oder bei Unmöglichkeit, alle vorgeschriebenen Anmeldebelege beizubringen, die kantonale Aufsichtsbehörde die Ermächtigung zur Eintragung erteilen kann, wenn besondere Umstände es rechtfertigen. «Als solche Umstände kommen z.B. in Betracht die praktische Unmöglichkeit der Beibringung oder die mit unverhältnismäßigen Kosten verbundene oder sehr zeitraubende Beschaffung gewisser Belege. Dabei handelt es sich aber nur um die formellen Ausweise über einen unbestrittenen Tatbestand oder über eine einzelne als unbestritten anzunehmende Tatsache und nicht um die materielle Frage, ob eine bestimmte Tatsache überhaupt vorliege»¹⁵. Jedes weiter-

¹¹ Siehe hinten S. 33 ff.

¹² His OR 940 N 23.

¹³ His OR 940 N 23/25; von Steiger Prüfung 8; SJK Karte 36; Brand in ZBH 1928, 100; Hartmann Julius 197; Siegwart OR 640 N 17; Frey 43.

¹⁴ BGE 67 I 111 und 342, 75 I 324, 78 I 449; Nicht publ. Ur. des BGer. vom 10. Juli 1935 i.S. Arnold Frikart und Konsorten gegen Frikart AG und Aargau, lt. Rechenschaftsbericht des RegR des Kt. Aargau 1935, 382.

¹⁵ Entsch. der st. gallischen Aufsichtsbeh. über das HReg vom 4. Dez. 1944 in ZBGR 1948, 258 ff., SJZ 1945, 373 und Entscheidungen des Kt. Ger. 1944, 26; vgl. auch ZBGR 1944, 307 (Bericht des solothurnischen Oberger. 1941, 36): Die tatsächlichen Schwierigkeiten und unliebsamen Verzögerungen, die zu Kriegs-

gehende Entgegenkommen wäre unstatthaft und die Handelsregisterbehörden würden damit völlig unnötig ihre und des Kantons Verantwortlichkeit auf das Spiel setzen¹⁶.

III. Prüfung der materiellen Eintragungsvoraussetzungen

A. Prüfung der zivilrechtlichen Voraussetzungen

Im Gegensatz zur Prüfung der registerrechtlichen Voraussetzungen ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der einschlägigen Ansicht der Literatur die Entscheidungsbefugnis der Registerbehörden im Bereiche des materiellen Zivilrechts nur eine beschränkte.

Aus der Praxis des Bundesgerichts¹⁷ als oberste Beschwerdeinstanz in Handelsregistersachen ergeben sich für den Grad der Beschränkung folgende Richtlinien:

Der HRegF ist verpflichtet die Eintragung zu verweigern, wenn ein offensichtlicher und unzweideutiger Verstoß gegen eine Gesetzesvorschrift vorliegt, von der unzweifelhaft feststeht, daß sie zwingend ist und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt

zeiten mit der Einholung einer fehlenden Unterschrift in einem überseeischen Lande verbunden sind, gelten als besondere Umstände i.S. von HRegV 31.

ZBGR 1946, 118: Unmöglichkeit der vorschriftsgemäßen Unterzeichnung der Anmeldung zur Löschung einer AG infolge Tod des Vizepräsidenten und Altersschwäche des Präsidenten des Verwaltungsrates. – SAG 1934/35, 67.

¹⁶ OR 928; Hartmann Jost 86; His OR 928 N 1 ff.; Siegwart OR 640 N 20; vgl. auch den in SAG 1938/39, 185 wiedergegebenen Entsch. des tessin. JustDep. vom 20. Februar 1939, der auf einen privatrechtl. Einspruch i.S. von HRegV 32 I hin eine vollzogene Eintragung annullierte, weil sie auf Grund einer Anmeldung, die nicht gemäß HRegV 22 II unterzeichnet war, vom HRegF vollzogen worden war, ohne dazu von der Aufsichtsbehörde nach HRegV 31 ermächtigt worden zu sein.

¹⁷ BGE 56 I 135, 59 I 239, 60 I 55, 62 I 22, 162 u. 261, 67 I 111 u. 342, 75 I 324, 78 I 449;

Nicht publ. Urt. vom 26. Nov. 1935 i.S. Renk gegen v. Scheele;

Nicht publ. Urt. vom 22. Nov. 1939 i.S. Hermann Wildenthaler und Neu-Email AG gegen HRegAmt St. Gallen (SJZ 1939/40, 257 f.).

Nicht publ. Urt. vom 16. Sept. 1944 i.S. Società anonima A.C.P.I., Volontario und Konsorten gegen Tessin (SAG 1944/45, 78 f.).

Entsch. der st. gallischen Aufsichtsbeh. über das HReg vom 2. März 1949, Amtsber. 1949, 69 (SJZ 1951, 208 ff.).

worden ist und daher dem einzelnen die Befugnis, von ihr abweichende Dispositionen zu treffen, schlechthin versagt werden muß.

In allen Zweifelsfällen und wenn nur Bestimmungen dispositiven Rechts oder Vorschriften, die zwar zwingend sind, aber lediglich den Schutz privater Interessen von Beteiligten oder Dritten bezwecken, verletzt worden sind, haben die Registerbehörden (auch das Bundesgericht als Verwaltungsgericht in Handelsregistersachen¹⁸) die Eintragung vorzunehmen bzw. anzuordnen, sofern die Anmeldung sonst in Ordnung ist. Entsteht in solchen, außerhalb der handelsregisterlichen Kognition liegenden Fällen über die Frage der Gesetzmäßigkeit ein Konflikt, so ist dieser nicht vom HRegF zu entscheiden, sondern von den interessierten Dritten und Beteiligten dem ordentlichen Richter zur Lösung zu unterbreiten. Es darf daher auch das Vorliegen einer ständigen bundesgerichtlichen Praxis zu einer verschieden auslegbaren Norm den HRegF nicht dazu verleiten, Anmeldungen, die von dieser Judikatur abweichende Regelungen vorsehen, abzuweisen¹⁹, hätte dies doch die unter allen Umständen zu verhindernde Auswirkung, daß eine neue oder von der herrschenden Ansicht abweichende Rechtsauffassung kaum mehr Fuß fassen könnte, da sie auf administrativem Wege durch die Handelsregisterbehörden unter Berufung auf die bisherige Gerichtspraxis abgewürgt würde. Die ordentlichen Gerichte, als die von Rechts wegen einzig zuständigen Instanzen, würden weitgehend ausgeschaltet, es wäre ihnen praktisch fast jede Möglichkeit genommen, ihrerseits gegenüber dem fraglichen Rechtsstandpunkt Stellung zu beziehen.

¹⁸ Das Bundesgericht ist, wie sich ohne weiters aus dem Wesen der Verwaltungsgerichtsbarkeit ergibt, nur Überprüfungsinstanz; seine sachliche Zuständigkeit geht nicht über diejenige der Verwaltungsbehörden hinaus, deren Entscheidungen mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde weitergezogen werden können. So kann es auch in HRegSachen keine anderen Fragen entscheiden, als die HRegBehörden. Daß die Verwaltungsgerichtsbeschwerden in HRegSachen der ersten Zivilabteilung zugeteilt wurden (BGer.Regl. Art. 5 Ziff. 4), darf nicht zur irrigten Auffassung verleiten, dem BGer. stehe eine erweiterte Kognition zu. (Nicht publ. Urt. des BGer. vom 10. Juli 1935 i. S. Arnold Frikart und Konsorten gegen Frikart AG und Aargau in Couchepin Nr. 64, SAG 1935/36, 41 und Rechenschaftsber. des Regierungsrates des Kt. Aargau 1935, 382).

¹⁹ BGE 56 I 135; das Bundesgericht selber jedoch scheint sich in BGE 65 I 147 leider nicht an diesen Grundsatz gehalten zu haben (siehe hinten S. 91 bei N 76).

Handelt es sich um zwangsweise Eintragungen auf Verlangen von seiten Dritter (HRegV 57 II) oder auf Grund eigener Erhebungen des HRegF (HRegV 63)²⁰, d.h. geht die Initiative nicht vom Anmeldenden, sondern von der Registerbehörde aus, so gelten diese Grundsätze natürlich mit umgekehrten Vorzeichen. Entstehen bei einem solchen Verfahren z. B. auf Grund der Weigerungsgründe, die von dem zur Anmeldung Aufgeforderten geltend gemacht werden, Zweifel über das Vorhandensein der von dritter Seite oder vom HRegF als gegeben und eine Eintragungspflicht begründend erachteten Voraussetzungen, so ist von der Eintragung Umgang zu nehmen²¹.

Liegt der Eintragung ein richterliches Urteil zugrunde, so ist es für den HRegF selbstverständlich bindend, sobald es in Rechtskraft erwachsen ist. Er hat die darin entschiedenen, zivilrechtlichen Voraussetzungen als gegeben zu betrachten, von einer eigenen materiellen Prüfung abzusehen und vorbehaltlich seines formellen Prüfungsrechts der urteilsgemäßen Anmeldung oder direkten richterlichen Eintragungsanweisung zu entsprechen²². In analoger Weise ist der HRegF an administrative Verfügungen gebunden, die «autoritativ den Bestand eines einzutragenden Rechts oder Rechtsverhältnisses bestimmen»²³, so z. B. an die Bestellung einer Verwaltungsbeistandschaft für eine AG durch die Vormundschaftsbehörde (ZGB 393 Ziff. 4; BGE 71 II 214). Diese Bindung besteht auch gegenüber Entscheidungen auf anderen Rechtsgebieten, z. B. einem Strafurteil, einer Entscheidung des Konkursrichters über die Konkurseröffnung (SchKG 189ff.), der Anerkennung einer Gesellschaft als Bank durch die Bankenkommission (BankenG Art. 3 III²⁴ oder die Er-

²⁰ Über das Verfahren bei der «zwangsweisen Eintragung» und der «zwangsweisen Herbeiführung von Änderungen und Löschungen» vgl. HRegV 57, 58, 60/62.

²¹ Entsch. der aargauischen Aufsichtsbeh. über das HReg vom 13. Febr. 1941 (Rechenschaftsber. des JPD des Kt. Aargau 1941, 444). In diesem Sinne nun auch BGE 78 I 449.

²² Nicht publ. Ur. des BGer. vom 2. Febr. 1937 i.S. Albert Lins gegen J. H. Nüßli und Zürich (SAG 1936/37, 184). Nicht publ. Ur. des BGer. vom 23. Mai 1939 i.S., Solothurn-Münster-Bahn AG gegen Solothurn (SAG 1938/39, 219ff.). Nicht publ. Ur. des BGer. vom 27. Okt. 1943 i.S. Otto Süßli-Jenni gegen Zürich (SAG 1943/44, 183f.); siehe auch vorn S. 24 Ziff. 4.

²³ His OR 932 N 108.

²⁴ His OR 932 N 108 und OR 940 N 82.

nennung eines Liquidators durch den eidgenössischen Aufsiehtsdienst für Kreditkassen mit Wartezeit²⁵.

Die Prüfung der zivilrechtlichen Voraussetzungen unterliegt also einer zweifachen Beschränkung:

a) Der Beschränkung auf die im allgemeinen öffentlichen Interessen aufgestellten zwingenden Bestimmungen, unter konsequenter Außerachtlassung der ausschließlich zum Schutze von privaten Interessen dienenden Vorschriften;

b) der Beschränkung, daß eine Eintragung nur verweigert werden darf, wenn die durch sie verletzte Bestimmung ohne jeden Zweifel zwingend und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt ist und die Verletzung der fraglichen Bestimmung offensichtlich und unzweideutig gegeben ist²⁶.

Der Widerrechtlichkeit setzt die Gesetzgebung Verstöße gegen die guten Sitten gleich. Die Prüfung von Eintragungen, die derartige Verstöße aufweisen, unterliegen daher den gleichen Beschränkungen²⁷. Das gleiche gilt von objektiv unmöglichen Zweckbestimmungen²⁸. Handelt es sich jedoch lediglich um die Frage, ob eine Eintragung im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten zweckmäßig sei oder einem praktischen Bedürfnis entspreche, so fällt deren Beurteilung durch den HRegF von vorneherein außer Betracht²⁹.

Die eine, im Verzicht auf die Beurteilung nicht völlig klarer Rechtslagen liegende Beschränkung der Kognition (lit. b) ist dadurch bedingt, daß eine Tangierung der ausgesprochen richterlichen Kompetenz zur eingehenden Untersuchung und endgültigen Entscheidung illiquider oder strittiger Rechtsfragen materieller Natur grundsätzlich vermieden werden muß. Ein Präjudiz wird durch die Eintragung eines unklaren Rechtsverhältnisses nicht geschaffen, sind doch die verwaltungsrechtlichen Verfügungen der Handelsregister-

²⁵ BGE 62 I 164.

²⁶ Die Verletzung kann auch in einer Gesetzesumgehung, in einem Rechtsmißbrauch liegen (vgl. z. B. die bundesgericht. Praxis über den «Aktienmantelkauf» hinten S. 98).

²⁷ OR 19/20 in Verbindung mit ZGB 7; ZGB 27, 52 III, 78, 88; Burckhardt III Nr. 1479 III; His OR 940 N 42; von Steiger in SAG 1934/35, 10f.; von Steiger AG 129.

²⁸ OR 20; His OR 940 N 43.

²⁹ BGE 60 I 386, 67 I 342 (s. auch 60 I 55); vgl. auch die ablehnende Stellungnahme von Steigers zu dieser Praxis in SJZ 1934/35, 273 ff., SAG 1944/45, 165 ff., v. Steiger Prüfung 45, v. Steiger AG 228 f.

behörden (einschließlich die bundesgerichtlichen Entscheidungen in Handelsregistersachen) der materiellen Rechtskraft nicht fähig³⁰, so daß jederzeit darauf zurückgekommen werden kann, wenn sich herausstellt, daß eine Eintragung gegen wesentliche Elemente verstößt oder die Registerbehörden getäuscht worden sind³¹. Es ist aber auch zu bedenken, daß es dem HRegF sehr oft gar nicht möglich wäre, anhand der beschränkten Zahl von Angaben, die ihm in der Anmeldung und den Belegen nach Gesetz und Verordnung zu machen sind, eine genauere Prüfung vorzunehmen. Die strikte Limitierung der von den Anmeldenden zu erfüllenden registerrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen stellt somit in zahlreichen Prüfungsfällen eine wirksame, zusätzliche Schranke dar, und zwar insofern, als sie den HRegF nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich (die Anmeldenden sorgen ganz sicher dafür) vor der Gefahr bewahrt, die richterlichen Kompetenzen zu tangieren. Der HRegF darf nie vergessen, daß es sich um eine gewollte «Hilfsschranke» handelt, deren Aufgabe darin besteht, die bereits bestehende Grenzlinie, an welcher die beschränkte Kompetenz der Registerbehörden zur Überprüfung materieller Rechtsfragen endet und von welcher an allein noch der Richter entscheiden darf, an bestimmten Stellen deutlicher zu markieren. Er soll daher diese Schranke auch dann nicht durchbrechen, wenn die Anmeldenden keinen Widerstand leisten, sondern es sogar selber von ihm verlangen, indem sie ihn in gewissen Ausnahmesituationen, in denen ihn seine beschränkte Kognitionskompetenz dazu nötigen könnte, nicht wie in der Regel auf Annahme, sondern auf Ablehnung des Eintragungsbegehrens zu entscheiden (was für einmal den Interessen der Eintragungspflichtigen statt jenen der Allgemeinheit zuwiderliefe), durch Vorlage weiterer Unterlagen zu eingehenderen Untersuchungen zu verleiten und natürlich von der Begründetheit ihres Begehrens zu überzeugen suchen³².

³⁰ BGE 56 I 358.

³¹ Vgl. von Steiger AG 198 und dortige Zitate.

³² So kann z. B. bei der Prüfung der Zulässigkeit der Ausmerzung von Apportbestimmungen aus den Statuten einer AG dem HRegF eine ins einzelne gehende Untersuchung über die Lage der AG weder zugemutet noch erlaubt werden. Der HRegF muß sich vielmehr auf solche Tatsachen stützen, die ihm von Amtes wegen bekannt werden. Er hat somit zu prüfen, ob die Angaben über die Apports wegen nachträglichen Registereintragungen überflüssig oder

Zur anderen Beschränkung der Kognition (lit. a) nötigt der Grundsatz, daß die Handelsregisterbehörden von der Kognition nur als Instrument zur Sicherung einer geordneten, den Interessen aller dienenden Registerführung Gebrauch machen sollen, nicht aber zur Wahrung rein privater Interessen von Beteiligten oder Dritten, und zwar weder von Amtes wegen (ist es doch allein dem Verletzten anheimgestellt, ob er sein Recht geltend machen will oder nicht) noch auf Veranlassung des Betroffenen (denn diesem – sei er nun Beteiligter oder Dritter – stehen genügend Rechtsmittel zur Verfügung, um auf dem Prozeßweg sich selber wirksam verteidigen zu können)³³. Wohl wäre es für den Verletzten von Vorteil, wenn er noch zusätzlich von seiten des HRegF geschützt würde und zumindest bei Vorliegen einer offensichtlichen und unzweideutigen Rechtswidrigkeit zur Wahrung seiner Rechte an Stelle des langwierigen und eventuell kostspieligen Zivilprozeßverfahrens den einfachen und vor allem billigen und risikolosen verwaltungsrechtlichen Weg einschlagen könnte, oder gar der HRegF von Amtes wegen und ohne sein Zutun einschritte³⁴. Doch hätte eine solche Regelung unter Umständen die einschneidende Auswirkung, daß Eintragungen, welche Rechte einzelner schmälern, nur noch mit der ausdrücklichen Zustimmung der Betroffenen vorgenommen werden dürften. Auf jeden Fall würde durch die beträchtlich erweiterten Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse der Registerbehörden und die sich häufenden Beschwerden und Einsprachen das Eintragungsverfahren derart aufgebläht, daß die, nicht nur im Interesse des Eintragungspflichtigen liegende, sondern auch im allgemeinen Interesse an einer zweckentsprechenden Registerführung angestrebte, schnelle und einfache Erledigung der Anmeldungen verunmöglicht würde. Angesichts dieses krassen Mißverhältnisses zwischen Aufwand und Effekt ist konsequent am

gar schädlich geworden sind. (Er kann beispielsweise bei der Abschreibung des gesamten Aktienkapitals und der nachträglichen Neuerhöhung – also einer eintragungspflichtigen Tatsache – ohne weiters erkennen, daß die statutarischen Angaben über die ursprünglichen Sacheinlagen und Sachübernahmen ihren Schutzzweck verloren haben. – BGE 61 I 298). Fehlt es an einer solchen Tatsache, so muß er sich an den Grundsatz halten, daß die Apportbestimmungen bis zur Auflösung der Gesellschaft in den Statuten zu belassen sind (BGE 68 I 188; vgl. auch ZBGR 1939, 212).

³³ BGE 59 I 239 und die drei, vorn S. 26 N 17 zit., nicht publ. Urt. des BGer.; von Steiger in SAG 1933/34, 85ff.; Brand in ZBH 1928, 100.

³⁴ Vgl. von Steiger in SAG 1944/45, 78.

Grundsatz festzuhalten, daß es nicht Sache der Handelsregisterbehörden ist, zu prüfen, ob durch die Eintragung gewisser Tatsachen die Rechtslage Beteiligten oder Dritter verschlechtert wird oder ihnen zustehende Rechte gefährdet werden. Die Respektierung der zum Schutz rein privater Interessen aufgestellten Bestimmungen ist nicht in den Kreis der zu prüfenden Voraussetzungen einzubeziehen.

In diesem Sinne will auch Art. 32 HRegV verstanden sein, der in Abs. 1 die Registerbehörden anweist, Dritte (oder auch unmittelbar Beteiligte³⁵), die wegen Verletzung ihrer Rechte beim HRegF *Einspruch gegen eine vollzogene*³⁶ *Eintragung* erheben, an den Richter zu weisen.

Die Registerbehörden dürfen nur insofern selber auf einen Eintrag zurückkommen, als sich auf Grund der Einsprache herausstellt, daß die Eintragung gegen Vorschriften verstößt, die die Registerbehörden von Amtes wegen, d. h. im Rahmen ihrer Kognition oder in Erfüllung anderer aus der Registerführung erwachsender Pflichten zu beobachten haben³⁷. «Die Frage, ob die ordentlichen Zivilgerichte oder die Handelsregisterbehörden in einem bestimmten Fall zuständig sind, ist von Amtes wegen zu untersuchen»³⁸.

Wird ein *privatrechtlicher Einspruch gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung* erhoben, so werden die berechtigten Interessen des Einsprechers, einen Eintrag³⁹, der seine Rechte verletzt, zu verhindern, bis zu einem gewissen Grade berücksichtigt.

Nach HRegV 32 II hat der HRegF in solchen Fällen dem Einsprechenden eine nach dem kantonalen Prozeßrecht genügende

³⁵ BGE 67 I 245, 68 I 184, 78 I 449; SAG 1938/39, 185.

³⁶ Die Eintragung gilt erst als vollzogen, wenn die Genehmigung durch das Eidg. HReg.Amt nach Maßgabe von HRegV 115 erfolgt ist (Burckhardt III Nr. 1481 I; Nicht publ. Ur. des BGer. vom 2. März 1933 i. S. Baggerei Tuggen u. Oskar Raibli gegen Eidg. HRegAmt in Couchepin Nr. 6; His OR 940 N 65).

³⁷ Entsch. des tessin. Just. Dep. v. 20. Febr. 1939 in SAG 1938/39, 185; Nicht publ. Ur. des BGer. vom 22. Nov. 1939 i. S. Hermann Wildenthaler und Neu-Email AG gegen HReg Amt St. Gallen (SJZ 1939/40, 275); Nicht publ. Ur. des BGer. v. 16. Sept. 1944 i. S. Società anonima A.C.P.I., Volonterio und Konsorten gegen Tessin (SAG 1944/45, 78 f.); Entsch. des Kt. Ger. Freiburg vom 4. Dez. 1942 i. S. «Monte-Pente Corbetta SA» (ZBGR 1945, 86).

³⁸ Entsch. des Eidg. JPD v. 23. Nov. 1928 in Verw. Entsch. Heft 2 Nr. 43, SJZ 1929/30, 127 ff. und ZBJV 1929, 367 ff.

³⁹ insbesondere dann, wenn dem Eintrag konstitutive oder gar heilende Wirkung zukommt.

Frist zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters einzuräumen. Die Frist soll so bemessen sein, daß innerhalb derselben nicht bloß das Gesuch um Erlaß einer vorsorglichen Verfügung eingereicht werden kann, sondern auch der Richter seinen Entscheid zu treffen vermag⁴⁰. Wenn innert dieser Frist der Richter die Eintragung nicht untersagt, so ist sie vorzunehmen, sofern im übrigen ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Natürlich tritt auch hier der HRegF insofern selber auf die Einsprache ein, als diese sich auf Vorschriften beruft, die von ihm von Amtes wegen zu beachten sind. Ist hingegen bereits vor der Einsprache eine Streitfrage beim Richter anhängig gemacht worden, so hat der HRegF überhaupt auf jede Prüfung seinerseits zu verzichten.

Auch die Ansetzung einer Frist, um eine provisorische richterliche Verfügung zu erwirken, erübrigt sich in solchen Fällen nach der bundesgerichtlichen Praxis⁴¹; es wird einfach mit dem Eintrag zugewartet bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Beilegung der Streitfrage. Mit dieser glücklichen Mittellösung zwischen absoluter Nichtberücksichtigung von Einsprachen Dritter und einer zu weitgehenden Berücksichtigung zum Schaden der Anmeldenden und der Registerführung wird nicht nur für den Einsprecher die Gefahr gebannt, daß der HRegF einem Gerichtsurteil zuvorkommt⁴², sondern sie dient auch der Klarheit und Eindeutigkeit des Handelsregisters. «Es wäre bedauerlich, wenn verfrühte Eintragungen vorgenommen werden müßten, deren Wirkungen gleich nachher durch vorsorgliche richterliche Verfügungen am Eintreten verhindert würden.»⁴³

B. Prüfung der öffentlichrechtlichen Voraussetzungen

Die Antwort auf die Frage, wann der HRegF die Voraussetzung, daß die Eintragung den öffentlichrechtlichen Vorschriften (die unmittelbar für die Eintragbarkeit rechtserheblicher Tatsachen bestimmend sind) entsprechen soll, als erfüllt zu betrachten hat, lautet grundsätzlich gleich wie jene hinsichtlich der zivilrechtlichen Vor-

⁴⁰ Entsch. des tessin. App.Ger. vom 30. Mai 1945 (SJZ 1947, 224).

⁴¹ BGE 67 I 245.

⁴² His OR 940 N 64.

⁴³ BGE 59 I 239; His OR 940 N 63.

aussetzungen⁴⁴. Der HRegF hat sich also auch hier auf die Beanstandung offensichtlicher und unzweideutiger Rechtswidrigkeiten zu beschränken⁴⁵. In praxi hat dies zur Folge, daß er sich meistens zu begnügen hat mit der Prüfung und Entscheidung der Frage, ob ein Eintrag der Form nach öffentliches Recht verletzt.

So hat er zu prüfen, ob die für gewisse Eintragungsfälle durch Bundesrecht als besondere Gültigkeitsvoraussetzungen vorgeschriebenen Ausweise vorliegen. Z. B. darf eine Eisenbahngesellschaft erst eingetragen werden, nachdem ihre Statuten vom Bundesrat genehmigt worden sind. Ebenso verhält es sich bei späteren Statutenänderungen (Art. 7 des BG über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dez. 1872). Bei der Gründung einer Bank oder der nachträglichen Umwandlung eines Unternehmens in eine Bank ist die Bescheinigung der Bankenkommission i. S. von Art. 3 des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. Nov. 1934 und Art. 9 der dazugehörigen VVO vom 26. Febr. 1935 der Anmeldung beizulegen. Ferner dürfen juristische Personen im Handelsregister erst gelöscht werden, wenn die schriftlichen Zustimmungen der kantonalen und eidgenössischen Steuerverwaltungen vorliegen. (Diese Zustimmungen werden erteilt, sobald gewisse Bundessteuern, denen die juristischen Personen unterliegen, bezahlt oder sichergestellt sind oder durch rechtskräftigen Entscheid festgestellt worden ist, daß ein bestrittener Steueranspruch nicht zu Recht besteht.)⁴⁶ Eine ähnliche, das Handelsregister zur Rechtshilfe für den eidgenössischen Fiskus verpflichtende Regelung geht dahin, daß das Eidg. HRegAmt Registerauszüge über Rechtsvorgänge, die der Stempelsteuer unterliegen, erst veröffentlichen darf, nachdem die eidgenössische Steuerverwaltung ihm angezeigt hat, daß die erforderliche Aufstellung über die Steuerpflicht eingereicht sei oder daß aus einem andern Grunde der Veröffentlichung nichts im Wege stehe⁴⁷.

⁴⁴ His OR 940 N 35.

⁴⁵ BGE 55 I 335.

⁴⁶ Vgl. Art. 35 des BRB über die Erhebung einer eidg. Kriegsgewinnsteuer, Art. 88 des BRB über die Erhebung eines einmaligen Wehropfers, Art. 122 des BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer, Art. 55 Abs. 5 der VVO zu den Bundesgesetzen über die Stempelabgaben; vgl. auch die Kreisschreiben vom 22. Jan. 1940, vom 9. Aug. 1940, vom 10. Jan. 1941 und vor allem jenes vom 10. Juni 1950; s. auch hinten S. 96 N 98).

⁴⁷ Art. 31 Abs. 4 der VVO zu den Bundesgesetzen über die Stempelabgaben vom 7. Juni 1928; Art. 8 Abs. 3 des BRB über außerordentliche Maßnahmen

Aber in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle, in denen zur Ausübung einer bestimmten wirtschaftlichen Tätigkeit eine eidgenössische öffentlichrechtliche Bewilligung oder Konzession notwendig ist, hat es der Bund unterlassen, vorzuschreiben, daß eine Eintragung erst vorgenommen werden dürfe, wenn eine solche Ermächtigung vorliege. Und dies mit Recht, denn mit dem alleinigen Zweck, durch Aufstellung derartiger zusätzlicher Eintragungsvoraussetzungen der für die Erteilung einer Konzession oder Bewilligung oder zur Vornahme einer bestimmten Steuereinschätzung zuständigen Behörde gewisse Druckmittel in die Hand zu geben, würde nicht nur die privatrechtliche Handlungsfreiheit des Gesuchstellers weitgehend eingeengt sondern durch die bewirkten Verzögerungen in Eintragungsverfahren würde auch in unverantwortlicher Weise ein dauernder Zustand der Rechts- und Verkehrsunsicherheit geschaffen, «den zu beseitigen das erste Ziel des Handelregisters ist.»⁴⁸

Von den Kantonen und Gemeinden können derartige Bewilligungen oder die Erfüllung bestimmter kantonal- oder gemeinderechtlicher Vorschriften überhaupt nicht zu unmittelbaren Eintragungsvoraussetzungen erklärt werden, «da hierin eine Beschränkung des Bundesrechts läge.»⁴⁹ Dies heißt nun aber nicht, daß das kantonale Recht für den HRegF schlechthin unbeachtlich sei. Kantonale Gesetzesbestimmungen sind von ihm dann zu berücksichtigen, wenn das Bundesrecht in Fällen, in denen es die gesetzliche Regelung bestimmter Fragen stillschweigend oder ausdrücklich den Kantonen überläßt, selber vorschreibt, Anmeldungen und Einträge dürften solchen kantonalen Vorschriften nicht widersprechen.⁵⁰

auf dem Gebiete der eidg. Stempelgesetzgebung vom 29. Nov. 1933; Art. 1 der VVO vom 1. Oktober 1937 zum BG vom 24. Juni 1937 über Ergänzung und Abänderung der eidg. Stempelgesetzgebung; Kreisschr. vom 27. Dez. 1933.

⁴⁸ Burckhardt III Nr. 1516; Stampa Nr. 22.

⁴⁹ His OR 940 N 39.

⁵⁰ Beispiele: Nach OR 940 II hat der HRegF zu prüfen, ob die Statuten juristischer Personen keinen zwingenden Vorschriften, auch solchen die nicht im OR enthalten sind (His OR 940 N 27; von Steiger Prüfung 34), widersprechen. Werden nun in die Statuten einer AG Schiedsklauseln aufgenommen, so hat der HRegF im Rahmen seiner Kognitionskompetenzen in materiellrechtlichen Fragen zu untersuchen, ob diese Klauseln gegen zwingende Bestimmungen des am Sitz der AG geltenden kantonalen Zivilprozeßrechts verstoßen oder nicht, denn der Schiedsvertrag untersteht nach bundesgerichtlicher Praxis (BGE 41 II 534) dem kantonalen Zivilprozeßrecht und dieses letztere geht der Statuten-

Der HRegF ist demnach verpflichtet, im allgemeinen einer formgerechten Anmeldung auch dann zu entsprechen, wenn z. B. die für die Verwirklichung des angegebenen Geschäftszwecks nötige Bewilligung noch aussteht oder überhaupt noch nicht eingeholt worden ist. Dabei darf jedoch von ihm erwartet werden, daß er die Anmeldenden, um sie vor eventuellen Unzukömmlichkeiten zu bewahren, auf die bestehenden Vorschriften aufmerksam macht⁵¹. Die Eintragung soll nur dann verweigert werden, wenn eine ganz offensichtliche Rechtswidrigkeit vorliegt⁵², sich z. B. anhand der Statuten ergibt, daß nach den öffentlichrechtlichen Vorschriften mit der Erteilung einer bestimmten Bewilligung oder Konzession keineswegs gerechnet werden kann⁵³. Grundsätzlich hat aber nicht der HRegF, sondern die zuständige Behörde darüber zu befinden, ob der bezweckte Geschäftsbetrieb nach den einschlägigen Vorschriften zulässig sei⁵⁴. Besteht bereits ein Eintrag und wird die erwartete Bewilligung nicht erteilt oder wird die Konzession dem Eingetragenen wieder entzogen, so daß er den angegebenen Geschäftszweck nicht weiterverfolgen kann, so muß die Eintragung gelöscht oder entsprechend den veränderten Tatsachen abgeändert werden⁵⁵.

In diesem Zusammenhang ist auch auf HRegV 38 I zu verweisen, wonach u. a. *die Eintragungen keinem öffentlichen Interesse widersprechen dürfen*. Diese von OR 944 übernommene, von His⁵⁶ mit

bestimmung vor (Praxis des Eidg. HRegAmtes in SAG 1943/44, 33 ff.; Siegwart E. N. 317 ff. und OR 627 N 17; von Steiger AG 201 f.).

Ebenfalls infolge bundesrechtlicher Verweisungen, diesmal jedoch im Rahmen seiner formellen Kognition, hat der HRegF unter Zugrundelegung kantonalen Rechtssätze zu überprüfen die örtliche und sachliche Zuständigkeit der öffentlichen Urkundspersonen und der kantonalen Depositenstellen (in Kantonen mit bezirkswise Registerführung auch seine eigene örtliche Zuständigkeit), das ordnungsgemäße Zustandekommen öffentlicher Urkunden (SchlT z. ZGB 55, OR 633 III, OR 927 II) und die formelle Rechtskraft und Vollstreckbarkeit von Gerichtsentscheiden oder Verfügungen von Verwaltungsbehörden (siehe auch vorn S. 23 f.).

⁵¹ Kreisschr. vom 19. Dez. 1934 betreffend das Verbot der Eröffnung und Erweiterung von Unternehmungen verschiedener Wirtschaftszweige; von Steiger Prüfung 47 f.; His OR 934 N 137 und OR 940 N 37.

⁵² BGE 55 I 335; His OR 940 N 40.

⁵³ von Steiger Prüfung 48.

⁵⁴ BGE 55 I 338.

⁵⁵ OR 937, HRegV 59/60; von Steiger a. a. O.

⁵⁶ His OR 932 N 12 und OR 940 N 52.

Recht als unklar bezeichnete Vorschrift ist nach dem Sinn und Geist des Gesetzes äußerst einschränkend zu interpretieren. Als Prinzip hat zu gelten, daß der HRegF nur auf die Respektierung solcher Rechtsgüter öffentlichrechtlicher Gemeinwesen zu achten hat, deren Schutz durch Gesetz und Verordnung vorgesehen ist⁵⁷, daß ihm aber eine über die gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Wahrung öffentlicher Interessen, seien diese nun wirtschaftlicher, fiskalischer oder politischer Art, nicht erlaubt sein darf⁵⁸.

In richtiger Erkenntnis der aus einer zu largen Auslegung des Begriffs «öffentliche Interessen» resultierenden Gefahren, führt BGE 60 I 55 aus:

«Der Umstand, daß ein Rechtsakt geeignet ist, hinsichtlich seiner rechtlichen Wirkungen verschiedenen Interpretationen Raum zu geben, kann niemals dazu führen, ihn als den öffentlichen Interessen zuwiderlaufend und damit als unstatthaft zu behandeln und dessen Vornahme vom Amtes wegen zu verhindern. Eine derartige Prophylaxis wäre mit dem Grundsatz der Handlungsfreiheit nicht mehr vereinbar.»⁵⁹

Dieser Entscheid fiel, nachdem das Bundesgericht bereits fünf Jahre früher erklärt hatte:

«Das Erfordernis, daß die Eintragung keinem öffentlichen Interesse widersprechen dürfe, rechtfertigt die Verweigerung eines Eintrages nur, wenn dieser als solcher, seiner Form nach öffentliche Interessen verletzt. Eine im Geschäftsbetrieb selber liegende Gefährdung aber kann vom HRegF jedenfalls nur dann gewürdigt werden, wenn dessen Rechtswidrigkeit klar zutage liegt.»⁶⁰

Die Praxis teilt somit die von His⁶¹ vertretene Ansicht, daß sich im Falle von HRegV 38 I die Vorschrift des Schutzes des öffentlichen Interesses mit der Vorschrift der Gesetzmäßigkeit der Anmeldung decke.

C. Prüfung auf Wahrheit

HRegV 38 I verlangt: «Alle Eintragungen in das Handelsregister müssen wahr sein ...»

⁵⁷ His OR 944 N 101.

⁵⁸ His OR 940 N 54.

⁵⁹ Dieser Entsch. wird in BGE 67 I 342 bestätigt.

⁶⁰ BGE 55 I 335; vgl. auch BGE 55 I 338.

⁶¹ His OR 932 N 12 und OR 940 N 54.

Wie His⁶² zutreffend bemerkt, «will damit in erster Linie eine Verpflichtung der Anmeldenden ausgesprochen sein und erst in zweiter Linie eine Prüfungspflicht des HRegF nach dem Wahrheitsgehalt jener Angaben.» Dieser selbstverständlichen Pflicht unterziehen sich denn auch die meisten Anmeldenden willig; wie die Erfahrung zeigt, sind die wahrheitsgetreuen Angaben die Regel und unwahre verhältnismäßig selten, im Gegensatz zu gesetzwidrigen Anmeldungen, die häufiger festzustellen sind. Zudem vermindern die zivilrechtlichen Haftungsbestimmungen⁶³ und die strafrechtlichen Risiken⁶⁴ weitgehend die Gefahr, daß sich ein Anmeldender in unlauteren Absichten und zum Schaden der in das Handelsregister Einsichtnehmenden über dieses Gebot hinwegsetzt.

Allein schon diese Umstände zeigen, daß auch die Prüfung der Wahrheit einer Anmeldung nur in einem beschränkten Rahmen erfolgen darf; sie sind darum als eines der richtungweisenden Elemente bei der Klärung der Frage nach dem Grad der Prüfungsbeschränkung zu betrachten.

Wie bei der Prüfung der anderen Voraussetzungen gehen auch hier Literatur und Praxis davon aus, daß nur diejenigen Tatsachen Gegenstand der Prüfung sein können, welche für die Eintragung von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung sind⁶⁵.

Als Regel gilt⁶⁶:

⁶² His OR 940 N 45.

⁶³ OR 942, 933 II, 753; siehe auch vorne S. 19f.

⁶⁴ BG betr. die Strafbestimmungen zum HReg- und Firmenrecht vom 6. Okt. 1923; StGB 152 (Unwahre Angaben über Handelsgesellschaften und Genossenschaften), StGB 251 ff. (Urkundenfälschung), insbesondere StGB 253 (Erschleichung einer falschen Beurkundung); vgl. auch den Entsch. des Polizeigerichts von Lausanne in SAG 1944/45, 158f.

⁶⁵ Wieland I 228f.; His OR 940 N 48; Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1935 Nr. 290.

⁶⁶ Wieland a.a.O.; Brand in ZBH 1928, 100; His OR 940 N 46f.; von Steiger Prüfung 11, AG 123f., SJK Karte Nr. 36; Julius Hartmann 198; Siegwart OR 640 N 18; Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1935 Nr. 290; Burckhardt III Nr. 1478 II und 1480 I; BGE 59 I 239; nicht publ. Urt. des BGer. v. 20. Febr. 1934 i.S. Füglistler gegen Emil Frey und Aargau (Couchepin Nr. 118); nicht publ. Urt. des BGer. v. 26. Nov. 1935 i.S. Adolf Renk gegen von Scheele und Konsorten und Zürich (Couchepin Nr. 9); Entsch. des tessin. Justizdep. vom 20. Febr. 1939 in SAG 1938/39, 185; Rechenschaftsber. der Justiz- und Polizeidir. des Kt. Aargau 1941, 443f. (= z.T. in ZBGR 1941, 92f.); Entsch. der st. gallischen Aufsichtsbeh. über das HReg vom 2. März 1949, Amtsber. 1949, 69 (SJZ 1951, 208 ff.).

Der HRegF hat die formgerechte Anmeldung grundsätzlich als wahr anzunehmen, d.h. er hat die darin geschilderte Sachlage als tatsächlich bestehend zu betrachten und als Ausgangspunkt zu nehmen für die Prüfung der sich stellenden Rechtsfragen formeller und materieller Natur. Nur wenn er besondere Veranlassung hat, an der Wahrheit der in der Anmeldung und den einzureichenden Belegen bekundeten Tatsachen zu zweifeln, ist er berechtigt, die Anmeldung zu beanstanden und vom Anmeldenden einen Nachweis⁶⁷ für die Richtigkeit seiner Erklärungen zu verlangen.

Die besondere Veranlassung ist gegeben:

1. Wenn dem HRegF notorisch (offensichtlich und unzweideutig) unwahre Erklärungen abgegeben worden sind; so z.B. wenn eine i.S. von HRegV 7 einzureichende, beglaubigte Übersetzung gegenüber dem Originaltext offensichtliche Auslassungen aufweist⁶⁸.

2. Wenn auf Grund eigener Kenntnis⁶⁹, Mitteilungen einer andern Behörde (HReg V 63 III) oder Dritter⁷⁰ oder wegen Unklarheiten in der Anmeldung bzw. den Belegen der HRegF begründete Zweifel haben muß an der Wahrheit der gemachten Angaben. Bloße unbelegte Vermutungen geben ihm noch kein Recht, eine Anmeldung zu beanstanden. Er ist nur befugt, vom Anmeldenden einen Nachweis für die Richtigkeit seiner Erklärungen zu verlangen, wenn er seinen Verdacht zumindest unter Hinweis auf überzeugende Indizien rechtfertigen kann. Es darf sich also nur um erhebliche Bedenken handeln, die nahezu den Grad von Gewißheit erreichen.

Jede über diesen Rahmen hinausgehende, d.h. eine generelle handelsregisterliche Abklärung der objektiven Wahrheit der angemeldeten Tatsachen anstrebende Prüfung hat zu unterbleiben. Sie stände erstens dem Arbeitsaufwande nach in einem offensichtlichen Mißverhältnis zur Erfahrungstatsache, daß die Angaben der Beteiligten in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle der Wahrheit entsprechen.

⁶⁷ Wird eine bezweifelte Tatsache durch eine öffentliche Urkunde oder durch ein öffentliches Register bezeugt, so liegt die Beweispflicht beim HRegF (ZGB 9). Hat er keine Beweise in den Händen, mit denen er die Urkunde entkräften kann, so ist er nicht zur Beanstandung berechtigt (SAG 1933/34, 123).

⁶⁸ ZBGR 1947, 39.

⁶⁹ Dies dürfte vor allem bei den kleineren Registern der Fall sein, wo der HRegF noch um die persönlichen Verhältnisse der Beteiligten weiß.

⁷⁰ z.B. anlässlich eines privatrechtlichen Einspruchs gegen eine noch nicht vollzogene Eintragung (HRegV 32 II).

Zweitens würde durch sie der Schutz, welcher mit den Haftungsbestimmungen dem in das Register Einsichtnehmenden bereits gewährt wird, kaum nennenswert vermehrt. Die Möglichkeit unrichtiger Einträge bliebe trotz erweiterter Kognition weiterbestehen, d. h. die Glaubwürdigkeit des Registers ließe sich nur um ein Geringes erhöhen, denn auch der Erkenntnisfähigkeit des HRegF sind gewisse subjektive Grenzen gesetzt. Und drittens zöge sie unfehlbar eine wesentliche Komplizierung des Eintragungsverfahrens nach sich. Ein in dieser Weise kompliziertes und damit die zweckmäßige Registerführung in Frage stellendes Eintragungsverfahren könnte jedoch allein schon aus Rücksicht auf die Interessen des Anmeldenden nicht verantwortet werden⁷¹. Dieser hätte, abgesehen davon, daß er eine ständige Verzögerung seiner Einträge in Kauf nehmen müßte⁷², in allen Fällen den vollen Beweis für die Wahrheit seiner Angaben zu erbringen⁷³.

Eine über das geschilderte Maß hinausgehende Prüfung ist aber auch abzulehnen im Hinblick auf die Verordnungsvorschriften über die zwangsweise Herbeiführung von Neueintragungen, Änderungen und Löschungen (HRegV 57 ff.). Nach HRegV 57 II Satz 3 darf der HRegF den Anmeldungspflichtigen nur zur Anmeldung auffordern, *wenn er aus den Umständen* – d. h. aus den ihm in Erfüllung seiner Ermittlungspflicht oder aus Mitteilungen anderer Behörden bekannt gewordenen Tatsachen (HRegV 63)⁷⁴, aus den bei einem Eintragungsbegehren von Seite Dritter vorgebrachten Begründungen (HRegV 57 II Satz 1 und 2) oder aus dem privatrechtlichen Einspruch eines Dritten gegen eine vollzogene Eintragung (HRegV 32 I⁷⁵) –

⁷¹ Brand a. a. O.

⁷² Wieland I 229 N 46.

⁷³ Siehe auch vorn S. 29f.

⁷⁴ Vgl. auch Kreisschr. 1937 Ziff. 17.

⁷⁵ Einen Schritt weiter in der Beschränkung der Kognition geht das Bundesgericht bei privatrechtlichen Einsprachen, in denen die Übereinstimmung des Inhalts der Eintragung mit den Tatsachen zwar unangefochten bleibt, der Einsprecher aber behauptet, der HRegF habe diese Eintragung seinerzeit fälschlicherweise vorgenommen, weil er durch unwahre Angaben der Anmeldenden zur irrigen Annahme verleitet worden sei, auch die weiteren, insbesondere formalen Eintragungsvoraussetzungen seien erfüllt. In solchen Fällen dürfen die HRegBehörden nach der bundesgerichtlichen Praxis nur zur Annullierung des Eintrags Hand bieten, wenn ihnen *vom Einsprecher bewiesen wird*, daß die Eintragung durch Täuschung des HRegF erwirkt worden ist. Im Gegensatz zu je-

schließen kann, daß die Voraussetzungen der Eintragungs-, Änderungs- oder Löschungspflicht (Anmeldungspflicht) gegeben sind⁷⁶, m.a.W. daß gewisse Tatsachen oder Rechtsverhältnisse bestehen, die der Registrierung in einer der drei genannten Arten bedürfen.

Die aufgeforderten Personen sind in solchen Fällen verpflichtet – sie sind es auch, wenn sie selber die Eintragungspflicht für nicht gegeben erachten und Einwendungen erheben⁷⁷ –, die für die eingehende behördliche Prüfung der Eintragungspflicht und für den Eintragungsinhalt erforderliche Auskunft zu erteilen und vorhandene Geschäftsbücher vorzulegen (HRegV 57 III). Keine Auskunftspflicht obliegt ihnen jedoch, wenn die Aufforderung der Registerbehörde bloß auf unbelegte Vermutungen hin erfolgt.

Wenn somit der säumige Anmeldungspflichtige auf Grund einer ausdrücklichen Verordnungsvorschrift nur bei Vorliegen eines begründeten Verdachts zur Anmeldung verhalten werden kann, so gebietet allein schon die Billigkeit, daß der HRegF die Wahrheit der Angaben dessen, der sich seiner Anmeldungspflicht willig unterzieht, nur überprüfen darf, wenn er besondere Veranlassung zu Zweifeln hat.

D. Prüfung auf Täuschungsgefahr

Wie das Wahrheitsgebot richtet sich auch die Vorschrift, daß die Eintragungen in das Handelsregister zu keinen Täuschungen An-

nen Fällen, in denen sich der Einspruch gegen *eine noch nicht vollzogene Eintragung* richtet (s. vorn S. 39 N 70), genügt ein bloßes Glaubhaftmachen nicht mehr; *einen vollzogenen Eintrag* rückgängig zu machen, sind die HRegBehörden nur bereit, wenn der HRegF offensichtlich durch unlautere Mittel zur Eintragung veranlaßt worden ist, im Zweifelsfalle verweisen sie den Einsprecher an den Richter. Diese Stellungnahme des Bundesgerichts entspricht der allgemeinen und unbestrittenen Auffassung, daß das Interesse am Fortbestand der einmal vollzogenen und ihrem Inhalte nach einwandfreien Eintragung gegenüber dem Interesse an ihrem ordnungsgemäßen Zustandekommen grundsätzlich überwiegt. (Vgl. Nicht publ. Urt. des BGer. v. 26. Nov. 1935 i.S. Adolf Renk gegen von Scheele und Konsorten und Zürich in SJK Karte Nr. 36 am Schluß; Nicht publ. Urt. des BGer. v. 16. Sept. 1944 i.S. Società anonima A.C.P.I., Volonterio und Konsorten gegen Tessin in SAG 1944/45, 78 f.).

⁷⁶ His OR 932 N 86, 97 und 103;

OR 937 N 38;

OR 938 N 21.

⁷⁷ His OR 932 N 36.

laß geben dürfen (HRegV 38 I), «vorerst an die Anmeldenden und erst in zweiter Linie an den prüfungspflichtigen Handelsregisterführer. – Nicht getäuscht werden sollen die Dritten, welche von der Eintragung und Veröffentlichung Kenntnis erhalten können.»⁷⁸

Jede unwahre Eintragung bewirkt gleichzeitig eine Täuschung, aber nicht jede zu Täuschungen Anlaß gebende Eintragung muß zugleich unwahr sein.

Erfahrungsgemäß kann der letztere Fall praktisch nur bei der Firma eintreten, bei den übrigen Bestandteilen der Eintragung bildet den Anlaß zur Täuschung immer eine Unwahrheit in den gemachten Angaben. Sind alle Angaben wahr, so können sich lediglich gewisse Zweifel über deren rechtliche Tragweite ergeben. Die Möglichkeit der Entstehung von Zweifeln ist jedoch für die HReg-Behörden unbeachtlich⁷⁹. Sie kann daher nicht dem Begriff des «Anlasses zu Täuschungen» gleich gesetzt werden. Dies ist auch die Ansicht des Bundesgerichtes. Nach seiner Auffassung schließen sich die beiden Begriffe geradezu gegenseitig aus: «Während eine durch täuschende Angaben hervorgerufene irrtümliche Vorstellung von demjenigen, der sie hegt, als richtig betrachtet wird, fehlt beim Vorliegen eines Zweifels gerade diese Gewißheit.»⁸⁰

Der HRegF wird somit kaum je in die Lage kommen, eine an sich wahre Anmeldung zu beanstanden, weil sie in einem anderen Bestandteil als der Firma zu Täuschungen Anlaß gibt. Seine Kognition bleibt also in dieser Richtung auf einen einzigen Gegenstand beschränkt, die Firma und das Enseigne⁸¹.

Diese Beschränkung ist jedoch nur von theoretischem Wert. In praxi dürfte auch hier nie ein Fall eintreten, in dem sich der HRegF genötigt sähe, eine Firma allein wegen der ihr innewohnenden Täuschungsgefahr beanstanden zu müssen. Denn die Täuschungsgefahr, die in der Ähnlichkeit zweier Firmen liegen kann, ist von ihm überhaupt nicht zu beachten. Nach der einhelligen Praxis ist er nicht berechtigt, die Eintragung einer Firma zu verweigern, weil eine ähnliche schon besteht. Nur bei völliger Übereinstimmung hat er die neu angemeldete Firma zurückzuweisen⁸². Den paar weiteren Mög-

⁷⁸ His OR 940 N 49.

⁷⁹ Siehe vorn S. 26f.

⁸⁰ BGE 60 I 55.

⁸¹ HRegV 48.

⁸² Entsch. des Eidg. JPD v. 21. Dez. 1927 (Verw. Entsch. Heft 1 Nr. 38);

lichkeiten, eine täuschende Firma zu bilden, ohne direkt gegen das Wahrheitsgebot zu verstoßen, beugen das Reklameverbot und die Vorschriften über nationale, territoriale und regionale Bezeichnungen sehr weitgehend vor⁸³, d.h. die Verletzung des Täuschungsverbotes fällt in der Regel mit einem Verstoß gegen eine andere Gesetzes- oder Verordnungsvorschrift zusammen.

Da die Täuschung also praktisch immer nur als Folge- oder Nebenerscheinung der Nichterfüllung einer anderen Eintragungsvoraussetzung auftritt, darf wohl der Satz aufgestellt werden:

Wenn die nachgesuchte Eintragung der Wahrheit und den übrigen von Gesetz und Verordnung verlangten Voraussetzungen entspricht, so hat der HRegF sie auch als zu keinen Täuschungen Anlaß gebend zu akzeptieren. Um nicht die für die Prüfung auf Wahrheit und Gesetzmäßigkeit aufgestellten Schranken wieder umzustößen, muß ihm eine weitergehende, vom Ergebnis jener Prüfung unabhängige Untersuchung der Anmeldung auf eventuelle Täuschungsmöglichkeiten versagt werden. Das Moment der Täuschung ist von ihm lediglich als zusätzliche Begründung einer bereits aus einem anderen Grunde notwendigen Eintragsverweigerung heranzuziehen.

IV. Schlußbemerkung

So klar und einfach die hier zusammengestellten, sich aus der herrschenden Praxis ergebenden allgemeinen Leitsätze bei rein theoretischer Betrachtung erscheinen mögen, so schwierig kann sich ihre Befolgung im einzelnen Fall gestalten. Dies beweist die Tatsache, daß immer wieder Fälle auftreten, in denen streitig oder zweifelhaft

BGE 55 I 189; Nicht publ. Urt. des BGer. v. 20. Dez. 1938 i.S. Eigenheim AG (Couchepin Nr. 63); Verw. Ber. Baselstadt 1941, 26; Verw. Ber. des Justizdep. Baselstadt 1942, 26, ZBGR 1944, 59;

a. M. His OR 946 N 34 ff. und OR 955 N 11, der – wenn auch in einem äußerst beschränkten Rahmen – dem HRegF doch eine gewisse Kompetenz zur Überprüfung dieser Ermessensfrage nach der genügenden Unterscheidbarkeit zweier Firmen einräumen will.

⁸³ OR 944 II, HRegV 44/47;

Vgl. auch BG zum Schutz öffentlicher Wappen und anderer öffentlicher Zeichen, vom 5. Juni 1931;

BG betr. den Schutz des Zeichens und des Namens des Roten Kreuzes, vom 14. April 1910.

ist, wo im einzelnen die Grenze liegt, bis zu welcher die Prüfung des HRegF zu gehen hat und vom Anmeldenden geduldet werden muß.

Solche Situationen ergeben sich besonders gerne auch bei der Eintragung von Aktiengesellschaften, und zwar infolge der außerordentlich umfassenden Aufgaben, die hier dem HRegF zufallen auf Grund der vielfältigen Vorschriften formeller und materieller Natur; Vorschriften, die vom Gesetzgeber aufgestellt worden sind im Bestreben, einen gewissen Ausgleich zu schaffen zwischen den verschiedenartigsten, sich widerstreitenden Interessensphären in und außerhalb der Gesellschaft, so insbesondere um zu verhindern, daß eine Interessengruppe in mißbräuchlicher Weise Maßnahmen trifft, die sich zum Nachteil anderer an der AG interessierter Kreise auswirken könnten.

Daher soll im folgenden der Versuch unternommen werden, einerseits die formellen Vorschriften aufzuzeigen, auf deren Befolgung HRegF und Anmeldende bei Eintragungen, welche die AG betreffen, in erster Linie zu achten haben, und anderseits auf die besonderen Richtlinien hinzuweisen, nach welchen die HRegBehörden solche Eintragungen bezüglich ihrer materiellen Ordnungsmäßigkeit zu überprüfen haben.

2. Teil:

Die Kognition im Rechte der AG

1. Kapitel:

Prüfung der registerrechtlichen (formellen) Eintragungsvoraussetzungen

§ 5. Eintragung der neugegründeten AG

I. Vorbemerkung (Bedeutung der heilenden Wirkung des Eintrages)

Aus OR 643 I ergibt sich, daß alle Aktiengesellschaften, um als solche bestehen zu können, in das Handelsregister eingetragen werden müssen, unabhängig davon, ob sie zu einem wirtschaftlichen oder idealen Zweck gegründet werden und mit was für Mitteln sie denselben zu erreichen suchen (OR 620 III)¹. Ob und zu welchem Zeitpunkt eine AG ins Leben gerufen werden soll, hängt jedoch allein vom Willen ihrer Gründer ab. Die Eintragung erfolgt daher immer gestützt auf eine Anmeldung und kann nie von Amtes wegen vorgenommen werden².

Zur konstitutiven Wirkung des Eintrags tritt noch die heilende Wirkung gemäß OR 643 II. Sie bewahrt der einmal eingetragenen AG ihre juristische Persönlichkeit auch dann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Voraussetzungen der Eintragung nicht erfüllt waren. Indem das Gesetz in dieser Weise das Interesse am Fortbestand der neu entstandenen Gesellschaft über die Ansprüche

¹ Ausgenommen sind gewisse öffentlichrechtliche Anstalten (OR 763). Wenn diese dennoch zu einem großen Teil eingetragen sind, dann nicht auf Grund der Bestimmungen über die AG, sondern weil nach der handelsregisterlichen Praxis – die auch das Bundesgericht bestätigt hat (BGE 57 I 315) – die Eintragungspflicht auch für Staatsanstalten besteht, sofern sie eine nach kaufmännischer Art betriebene Tätigkeit ausüben, vom Gemeinwesen ein eigenes Kapital zugeschieden erhielten und von der übrigen Staatsverwaltung getrennt verwaltet werden, auch wenn der Staat sich ein Aufsichtsrecht vorbehalten hat. Solchen Einträgen kommt also lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Näheres bei His OR 934 N 82ff.

² Entsch. des RegR Bern in SJZ 1916/17, 72; Weiß III Nr. 6018; Schucany OR 640 N 2; Siegwart OR 640 N 2; von Steiger AG 121.

der durch die gesetzwidrige Gründung Verletzten stellt, fällt es aber lediglich ein Werturteil bezüglich der Interessenlage nach vollzogener Eintragung. Es untersagt den HRegBehörden bloß, eine solche AG vom Amtes wegen wieder zu löschen, befreit sie aber in keiner Weise von ihrer Prüfungspflicht anlässlich des Eintragungsvorganges. Desgleichen entbindet es nur die Gründer von der Wiederholung eines mangelhaften Gründungs- oder Eintragungsverfahrens, die ins Leben getretene AG wird jedoch nicht von der registerrechtlichen Pflicht befreit, inhaltlich rechtswidrige Teile des vollzogenen Eintrags – zu dem auch die Statuten gehören – zu berichtigen. Ebenso behält natürlich auf der andern Seite der Art. 38 II HRegV seine Gültigkeit in diesem beschränkten Rahmen und damit der HRegF seine Kompetenz, solche Berichtigungen zu erzwingen, sei es von sich aus oder auf Grund eines privatrechtlichen Einspruches (HRegV 32 I)³. Das Verfahren ist das gleiche wie bei den Änderungen (OR 937, HRegV 59/60)⁴, ist doch auch das Ziel in beiden Fällen dasselbe: Ein bestehender, aber mangelhafter Eintrag soll mit den gesetzlichen Anforderungen in Einklang gebracht werden⁵. Hier wie dort sind die Druckmittel Ordnungsbuße (HRegV 60 II) und Änderung oder Löschung des Eintrags von Amtes wegen (HRegV 60 III, 58 II und III). Die letztere Maßnahme kann jedoch nur zur Anwendung gelangen, wenn nicht «an Stelle des unzulässigen Eintragungsinhaltes etwas anderes Positives gesetzt werden muß, das Beschlußfassungen und Handlungen der Gesellschaft voraussetzt.»⁶

³ So kann z. B. die Nichterwähnung einer Sachübernahme im Zeitpunkt der Gründung und Eintragung in den Statuten (OR 628 II) zur Folge haben, daß die HRegBehörden nachträglich eine der Wahrheit entsprechende Revision der Statuten verlangen. – Vgl. Nicht publ. Urt. des BGer. v. 12. Febr. 1944 i. S. «Au Foyer Standard SA» gegen Waadt in SAG 1943/44, 183, SJZ 1945, 36 und Couchepin Nr. 94; Verw. Ber. des Justizdep. Baselstadt 1944, 22 lit. a, ZBGR 1946, 327; BGE 64 II 282; SJZ 1947, 363 f.

⁴ Vorbehalten bleiben jene Fälle, in denen zufolge eines Versehens des HRegF oder aus anderen Gründen ein Eintrag mit der Anmeldung nicht übereinstimmt oder sonst einen Mangel aufweist, der ohne Zutun der Anmeldungs-pflichtigen entstanden ist und auch nicht in den eingetragenen Tatsachen begründet liegt. Hier hat die Berichtigung einleuchtenderweise von Amtes wegen zu erfolgen (HRegV 8; His OR 932 N 28).

⁵ Siehe hinten S. 73 ff.

⁶ Siegwart OR 643 N 25.

II. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsregisters

Die Beantwortung der Frage nach der sachlichen und örtlichen Zuständigkeit des Handelsregisters bietet keinerlei Schwierigkeiten. Die Gesellschaft ist in das Handelsregister des Ortes einzutragen, an welchem sie ihren statutarisch festgelegten Sitz hat (OR 626 Ziff. 1, 640 I, 643 I). Eine zusätzliche Registrierung irgend welcher Art des u. U. vom statutarischen Sitz örtlich getrennten Geschäfts- oder Verwaltungssitzes (Ort der tatsächlichen Geschäftsführung, Hauptniederlassung) findet nicht statt⁷. Handelt es sich um eine Eintragung, die den HRegF persönlich betrifft, so hat er in Ausstand zu treten und die Registrierung seinem Stellvertreter zu überlassen.

III. Zuständigkeit und Identität der anmeldenden Personen

Zuständig zur Anmeldung ist die Verwaltung der AG. Besteht diese aus mehreren Personen⁸, so haben der Präsident oder sein Stellvertreter sowie der Sekretär oder ein zweites Mitglied des Verwaltungsrates die Anmeldung zu unterzeichnen (HRegV 22). Hiebei ist weder erforderlich, daß die unterzeichnenden Personen auch zur Vertretung berechtigt sind, noch daß der Sekretär des Verwaltungsrates Mitglied dieses Organs ist⁹. Hat die AG nur einen einzigen Verwaltungsrat, so unterzeichnet dieser allein. Was für Personen im konkreten Fall anmeldungsberechtigt sind, sagen der Ausweis über die Bestellung der Verwaltung und u. U. der Auszug aus dem Protokoll über die Beschlüsse der Verwaltung betreffend ihre Konstituierung, welche der Anmeldung beizulegen sind¹⁰.

Die Prüfung der Identität obliegt dem HRegF bei mündlichen Anmeldungen, sofern ihm die fraglichen Personen nicht persönlich bekannt sind. Sie erfolgt in der Regel durch Einsichtnahme in den

⁷ Stampa Nr. 106; BGE 56 I 373; Kreisschr. 1937 Ziff. 13.

⁸ Juristische Personen und Handelsgesellschaften sind nicht als Mitglieder der Verwaltung wählbar; dagegen können an ihrer Stelle ihre Vertreter bestellt werden (OR 707 III, HRegV 41).

⁹ Kreisschr. 1940 Ziff. 2; von Steiger Prüfung 13, AG 121.

¹⁰ Siehe hinten S. 69 f.

Reisepaß, die Niederlassungsbewilligung oder ein anderes geeignetes Legitimationspapier¹¹. Unnötig ist sie natürlich bei schriftlichen Anmeldungen, wo diese Prüfung bereits seitens der zuständigen Urkundsperson¹² bei der Beglaubigung der Unterschriften erfolgt ist (HRegV 23). Es ist daher erforderlich, daß aus der Beglaubigung klar hervorgeht, welche und wieviele Unterschriften auf dem Schriftstück als echt bestätigt werden¹³. Zudem ist es im Hinblick auf HRegV 40 erwünscht, daß in der Beglaubigung der Familienname, ein ausgeschriebener Vorname, die Staatsangehörigkeit (bei Schweizerbürgern der Heimatort) und der Wohnort derjenigen Personen genannt werden, deren Unterschriften zu beglaubigen sind¹⁴.

IV. Form und Inhalt der Anmeldung und der Anmeldungsbelege

A. Anmeldung

Wie bereits bemerkt, haben die zuständigen Personen die Wahl zwischen der mündlichen und der schriftlichen *Form* (OR 640 II, HRegV 19 I)¹⁵. Die letztere bildet aus praktischen Gründen die Regel. Bei der mündlichen Anmeldung unterzeichnen sie die Tagebucheintragung vor dem HRegF, nachdem sie sich über ihre Identität ausgewiesen haben (HRegV 19 II, 23 I). Bei der schriftlichen Form wird lediglich verlangt, daß die Unterschriften auf dem Anmeldungsschreiben beglaubigt sind (OR 640 II, HRegV 23 II). Eine Anmeldung darf somit nicht zurückgewiesen werden, weil sie nicht auf einem Formular erfolgte. Für Handelsregisteranmeldungen sind nach Bundesrecht Formulare nicht obligatorisch¹⁶. Die Unterzeichnung der Anmeldung hat also immer persönlich zu erfolgen; «eine Vertretung ist ausgeschlossen. Dagegen kann die Einreichung der ordnungsgemäß unterzeichneten Anmeldung auch durch einen Beauftragten geschehen.»¹⁷

¹¹ ZBGR 1943, 166.

¹² Betr. Zuständigkeit der Urkundsperson siehe hinten S. 54f.

¹³ ZBGR 1943, 166.

¹⁴ Volkart in ZBGR 1939, 155ff.

¹⁵ Siehe oben bei N 12.

¹⁶ BGE 59 I 239 E. 4.

¹⁷ von Steiger AG 121; von Steiger Prüfung 13; His OR 932 N 45.

Über den *Inhalt* finden sich keinerlei direkte gesetzliche Anweisungen. Seine Umschreibung ergibt sich aber ohne große Schwierigkeiten, ja eigentlich von selbst, sobald man sich vergegenwärtigt, welche Stellung und Aufgabe dem Anmeldungsschreiben im ganzen Eintragungsverfahren zukommt.

Nach der unangefochtenen¹⁸ Ansicht des Bundesgerichts¹⁹ «be-
deutet Anmeldung» die an das HRegAmt gerichtete Mitteilung einer eintragungspflichtigen Tatsache, die mit dem Gesuch um registerliche Behandlung verbunden ist und der die nach Gesetz oder nach der Natur der Sache erforderlichen Unterlagen beigelegt sind. Die Anmeldung besteht somit aus Anmeldungsschreiben und Belegen. Diese zusammen bilden ein Ganzes, das den notwendigen Inhalt der Anmeldung aufweisen muß. Die Anmeldung ist daher inhaltlich vollständig, wenn das Anmeldungsschreiben den wesentlichen Eintragungstatbestand (die Gründung einer Aktiengesellschaft, die Erhöhung des Grundkapitals usw.) bezeichnet und sich die einzutragenden Angaben im übrigen aus den Belegen ergeben. Auf Grund einer solchen Anmeldung kann der Handelsregisterführer die Prüfung gemäß Art. 21 HRegV und hernach die Eintragung vornehmen. Der Zweck der Anmeldung ist somit erfüllt, wenn die einzutragenden Angaben den Belegen entnommen werden können. Er erfordert keineswegs, daß im Anmeldungsschreiben als solchem wiederholt wird, was schon aus den Belegen hervorgeht. Eine solche selbständige Bedeutung mißt das Gesetz dem Anmeldungsschreiben nicht bei. Noch weniger verlangen Gesetz oder HRegV, daß der Anmeldende ein Anmeldungsschreiben einreiche, das mit dem Original-
eintrag im Handelsregister übereinstimmt. Dieser ist vielmehr vom Registerführer auf Grund der Anmeldung – wozu Anmeldungsschreiben und Belege gehören – abzufassen. Art. 647 OR spricht sogar ausdrücklich vom Eintrag «auf Grund der entsprechenden Ausweise». Daraus, daß der Anmeldende bei der mündlichen Anmeldung den Originaleintrag unterzeichnen muß, folgt nicht, daß er dies auch in der schriftlichen Anmeldung tun müsse. Richtig ist allerdings, daß das Anmeldungsschreiben die einzutragenden Tatsachen dann notwendigerweise enthalten muß, wenn keine Belege erforderlich und vorhanden sind. Dann besteht eben die Anmeldung

¹⁸ Die Übereinstimmung des Eidg. HRegAmtes mit dem BGer. zeigt sich in seinem Kreisschr. 1937 Ziff. 27.

¹⁹ BGE 69 I 51.

nur aus diesem Schreiben und dieses muß dann inhaltlich vollständig sein. Damit ist aber nicht gesagt, daß in den vielen Fällen, da Belege eingereicht werden müssen, ein Verweis auf diese nicht genügt.»

B. Statuten

Jeder Anmeldung ist eine beglaubigte Ausfertigung der Statuten beizulegen (OR 640 III Ziff. 1)²⁰, sofern diese nicht in der öffentlichen Gründungsurkunde enthalten sind. Die Beglaubigung²¹ hat zu bestätigen, daß die Urkunde mit dem von der konstituierenden Generalversammlung (OR 635 II) bzw. von den Gründern anlässlich des Errichtungsaktes (OR 638 I) genehmigten Text übereinstimmt²².

Besonders nahe gelegt wird dem HRegF, zu prüfen, ob die Statuten den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen, also in formaler Hinsicht keine Lücken enthalten (OR 940 II, HRegV 21 II)²³. Unter den dieser registerrechtlichen Vollständigkeitsprüfung unterliegenden Statuteninhalt fällt in erster Linie der sog. «gesetzlich vorgeschriebene Inhalt», d. h. die in OR 626 aufgezählte Reihe von Bestimmungen, die unter allen Umständen in den Statuten jeder AG als Minimum enthalten sein müssen. Weitere Statutenbestimmungen verlangt das Gesetz nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen. Von der Art der letzteren hängt es ab, ob eine formelle Prüfung Platz zu greifen habe oder nicht.

So unterliegen natürlicherweise dieser Prüfung nicht solche Statutenbestimmungen, in denen die Beteiligten lediglich in einer auch für die Zukunft verbindlichen Weise sich das Recht vorbehalten oder von ihm Gebrauch machen, im Rahmen des gesetzlich Er-

²⁰ Siehe auch OR 637 II.

²¹ Betr. Zuständigkeit der Urkundperson siehe hinten S. 54f.

²² Eidg. HRegAmt in ZBGR 1940, 108 lit. c und d,

ZBGR 1943, 165 f. und ZBGR 1944, 226;

von Steiger Prüfung 39, AG 95; Schucany OR 640 N 4. Die im Falle der Simultangründung von von Steiger a. a. O. in Anlehnung an OR 638 I geforderte zusätzliche Unterzeichnung der Statuten durch die Gründer bzw. ihrer Vertreter ist m. E. unnötig, die Beglaubigung allein genügt.

²³ His OR 940 N 25. – Die zweite in OR 940 II und HRegV 21 II hervor gehobene Rechtsfrage, ob die als formell vollständig befundenen Statuten den gesetzlichen Anforderungen in bezug auf den Inhalt auch in materieller Hinsicht genügen und auch sonst keinen zwingenden Vorschriften widersprechen, ist durch die HRegBehörden nur beschränkt überprüfbar.

laubten gewisse gesellschaftsrechtliche Verhältnisse von der gesetzlichen Regelung abweichend zu gestalten. Derartige Fälle sind angedeutet in den Ziffern 1 bis 4 und 6 bis 13 von OR 627 und in OR 628 III.

Bildet aber nicht bloß der Wille zu einer von der gesetzlichen Norm abweichenden Regelung sondern primär eine auch für den HRegF erkennbare Tatsache die Voraussetzung, so hat eine Prüfung stattzufinden. Der HRegF muß kontrollieren, ob der Statuteninhalt die vom Gesetz bei Vorliegen einer solchen tatsächlichen Voraussetzung verlangte zusätzliche Ausgestaltung erfahren hat. Sind z. B. bereits bei der Gründung Vorzugsaktien, Genußscheine oder Gründeranteilscheine ausgegeben worden (OR 627 Ziff. 9, 654, 657, 628 III), wurde das Grundkapital ganz oder teilweise durch Sacheinlagen liberiert oder sind Sachübernahmeverträge abgeschlossen worden (OR 628 I und II), so hat der HRegF darauf zu sehen, ob diese Maßnahmen in den Statuten gebührend verankert sind. In jenen Fällen, in denen das Gesetz im Zusammenhang mit solchen Maßnahmen überdies die statutarische Fixierung gewisser Sonderregelungen organisatorischen Charakters zwingend vorschreibt, hat er auch auf das Vorhandensein von Statutenbestimmungen der letzteren Art zu achten. Sind beispielsweise Aktien mit verschiedener Rechtsstellung ausgegeben worden, so hat er nachzuprüfen, ob durch die Statuten jeder Gruppe die Wahl wenigstens eines Vertreters in der Verwaltung gesichert ist (OR 708 IV)²⁴.

Bei der qualifizierten Gründung hat der HRegF besonders gewissenhaft darauf zu achten, daß die Vermögenswerte, welche Gegenstand von Sacheinlagen oder Sachübernahmen sind, sachgemäß bezeichnet werden²⁵. Es soll über sie soweit Aufschluß gegeben werden,

²⁴ Verw.Ber. des Justizdep. Baselstadt 1940, 22 (ZBGR 1942, 209 und SAG 1942/43, 73); vgl. auch Paul Held «Die Vertretung von Aktionärgruppen in der Verwaltung» in SJZ 1939/40, 64ff. und 236ff.; a. M. von Steiger AG 192; siehe auch hinten S. 131 N 23.

²⁵ Ist es doch dem HRegF nicht möglich, zum Schutze der interessierten Personen ein Mehreres zu tun. Die Schätzung eines solchen Vermögenswertes ist objektiv immer etwas unsicheres, so daß den HRegBehörden selbst die materielle Überprüfung der Richtigkeit der von den Beteiligten vorgenommenen Bewertung versagt bleiben muß (von Steiger AG 72; Siegwart OR 628 N 15). Sie haben sich darauf zu beschränken, im Rahmen ihrer formellen Kognition auf die korrekte Umschreibung der in den Statuten aufgeführten Vermögenswerte zu dringen.

daß die Personen, deren Interessen bedroht sein könnten, in die Lage versetzt werden, auf Grund dieser Angaben nötigenfalls weitere Erhebungen anzustellen, um sich ein eigenes Bild über den Wert der eingebrachten oder übernommenen Vermögenswerte zu machen. Zur sachgemäßen Bezeichnung gehört daher gegebenenfalls auch die Erwähnung der mit den Vermögenswerten im Zusammenhang stehenden Passiven (HRegV 81 III). Handelt es sich um eine Mehrheit von Vermögenswerten, so können sie in einem von den Beteiligten unterzeichneten, datierten und dem Handelsregister einzureichenden Inventar bezeichnet werden, auf welches die Statuten verweisen. In gleicher Weise können die Statuten entlastet werden bei Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven²⁶; an die Stelle des Inventars tritt hier die ordnungsgemäß (OR 961) unterzeichnete und datierte summarische Übernahmebilanz²⁷.

Als weitere im Zusammenhang mit der handelsregisterlichen Vollständigkeitsprüfung zu beachtende Vorschrift erscheint OR 627 Ziff. 5: Sollen die Aktionäre verpflichtet werden, schon vor der konstituierenden Generalversammlung mehr als die in OR 633 geforderten 20 % pro Aktie zu liberieren, so muß dies in den Statuten gesagt sein. «Diese Bestimmung bezieht sich also nicht auf die Einzahlungspflicht überhaupt, sondern nur auf die Einzahlungen, die schon vor der konstituierenden Generalversammlung geleistet werden müssen und eine Voraussetzung für die Eintragung der AG sind.»²⁸ Sie ist also berechtigt und notwendig für den im Falle einer Sukzessivgründung von den Gründern vor Beginn der Zeichnung aufzustellenden Statutenentwurf. Sobald jedoch die konstituierende Generalversammlung festgestellt hat, daß das Grundkapital vollständig gezeichnet und der je Aktie geforderte Betrag liberiert worden ist, hat sie ihre Aufgabe erfüllt und es besteht kein Grund mehr für ihre Beibehaltung²⁹. Auch die Gesellschaftsgläubiger haben kein

²⁶ Eine Übernahme liegt auch vor, wenn das Vermögen keinen Aktivsaldo aufweist, denn, obgleich die Aktiven durch die Passiven ausgeglichen werden und von der AG keine Gegenleistung gefordert wird, werden auch in einem solchen Falle tatsächlich Vermögenswerte übernommen, die sich u. U. für die Gesellschaft nachteilig auswirken können. – Vgl. Burckhardt III Nr. 1522 III; Geschäftsber. des HRegF des Kt. St. Gallen in ZBGR 1939, 210f.; von Steiger AG 75.

²⁷ Kreisschr. 1937 Ziff. 22.

²⁸ Schucany OR 627 N 8.

²⁹ Siegwart OR 633 N 4.

Interesse an der Erhaltung dieser Statutenbestimmung, denn ihren Ansprüchen genügt es, daß laut OR 641 Ziff. 4 die Höhe des auf das Grundkapital einbezahlten Betrages im Handelsregister eingetragen und publiziert werden muß. Die Statutenbestimmung darf daher bei der Festsetzung der endgültigen Statuten weggelassen werden. Das Eidgenössische Amt für das Handelsregister entbindet den HRegF von der Prüfung in dieser Richtung und empfiehlt sogar den Beteiligten, in solchen Fällen in den Statuten den Grad der Libe-rierung der einzelnen Aktien nicht zu erwähnen, damit bei Einbe-rufung weiterer Einzahlungen auf das Aktienkapital keine Statuten-
revision nötig werde³⁰. Vorbehalten bleibt aber immer die Sonder-
regelung von OR 628 I hinsichtlich der Apportaktien.

C. Öffentliche Urkunde über die konstituierende Generalversammlung bei der Sukzessivgründung bzw. den Errichtungsakt bei der Simultangründung

Jeder Anmeldung einer neugegründeten AG ist eine solche öffent-liche Urkunde beizulegen (OR 637 I, 638 I, 640 III Ziff. 2).

Nach Art. 55 Schlußtitel zum ZGB bestimmen die Kantone, in welcher Weise auf ihrem Gebiete die öffentliche Beurkundung her-gestellt wird. Es ist also Sache der Kantone, und zwar jeweils des-jenigen Kantons, in dem der Beurkundungsakt stattfindet, die zur Aufnahme der öffentlichen Urkunde befugten Personen zu bezeich-nen³¹ und das Beurkundungsverfahren vorzuschreiben. Dagegen wird der wesentliche Inhalt der Urkunde selbst durch das Bundes-recht umschrieben.³²

1. Form der öffentlichen Urkunde

Bei der Prüfung, ob die Urkunde in gültiger Form vorliege, stel-len sich dem HRegF im einzelnen folgende Fragen:

³⁰ Kreisschr. 1937 Ziff. 24a.

³¹ His OR 940 N 24;

von Steiger Prüfung 35, AG 115;

Siegwart OR 637 N 3 ff.;

Schucany OR 637 N 1.

³² Vgl. die beiden vom Zürcher Notariatsinspektor in ZBGR 1938, 54ff. (und ZBGR 1939, 115f.) aufgestellten Beurkundungsschemata für Sukzessiv- und Simultangründungen bei Aktiengesellschaften.

Zur Feststellung des maßgeblichen kantonalen Beurkundungsrechts: In welchem Kanton fand der zu beurkundende Gründungsakt statt?

Ist die öffentliche Urkunde von einer nach dem Recht des Errichtungsortes örtlich und sachlich zuständigen Urkundsperson errichtet worden?

Ist die öffentliche Urkunde in einem nach dem Recht des Errichtungsortes ordnungsgemäßen Verfahren zustande gekommen?

a) Örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson

Als örtlich zuständig erklären die Kantone in der Regel nur die von ihnen selbst mit Beurkundungsbefugnissen ausgestatteten Beamten oder frei erwerbenden Notare. So versagen sie z. B. einem von einer außerkantonalen Urkundsperson verfaßten Protokoll über eine auf ihrem Territorium abgehaltene Generalversammlung die Anerkennung als öffentliche Urkunde. Diese Kantone erlauben aber auch ihren Urkundspersonen nur im eigenen Kantonsgebiet tätig zu sein. Der Sitz der AG hat keinen Einfluß auf die örtliche Zuständigkeit der Urkundsperson³³.

b) Sachliche Zuständigkeit der Urkundsperson

Bei der Prüfung der sachlichen Zuständigkeit kann einzig die *Ausstandspflicht* zu gewissen Schwierigkeiten Anlaß bieten. Fast überall muß die Urkundsperson in Ausstand treten, wenn sie selber, ihr Ehegatte, ihre Blutsverwandten in gerader Linie oder ihre Geschwister Aktienzeichner, Aktionär oder Mitglied eines Organs der Gesellschaft sind³⁴. Gewisse Kantone gehen in ihren Anforderungen noch weiter, so z. B. der Kanton Bern, indem er den Verwandtenkreis ausdehnt³⁵, oder der Kanton Basel-Stadt, der verlangt, daß ein Notar auch dann seine Mitwirkung als Urkundsperson ablehnt, wenn sein Geschäftspartner an der AG beteiligt ist³⁶.

³³ His OR 940 N 24; von Steiger AG 115 f.; Siegwart OR 637 N 4; Beyli in SAG 1937/38, 43 f. und dort zit. Entsch.

³⁴ Entsch. des Freiburger Kt. Ger. als Aufsichtsbeh. über das HReg vom 4. Dez. 1942 in ZBGR 1945, 85 ff., SJZ 1943, 238 und SAG 1942/43, 213 f. und dortige Zitate; Kreisschr. 1948 (siehe auch hinten S. 65 f.); SJZ 1949, 326; von Steiger Prüfung 36, AG 115; Beyli in SAG 1937/38, 42 f.; Siegwart OR 637 N 4.

³⁵ It. von Steiger AG 115.

³⁶ Verw. Ber. des RegR Baselstadt 1940, 22 (ZBGR 1942, 209, SAG 1942/43, 73).

Der HRegF müßte also vorerst wissen, ob und wie stark eine Urkundsperson an der AG persönlich interessiert ist, um beurteilen zu können, ob sie in Ausstand zu treten habe oder nicht. Der Grundsatz, der HRegF habe das Recht und die Pflicht, alle Fragen, die rein registerrechtliche Vorschriften betreffen, im vollen Umfange zu prüfen und zu entscheiden³⁷, könnte nun zur Auffassung verleiten, dieser sei auch berechtigt, sich volle Klarheit über das Verhältnis Urkundsperson – AG zu verschaffen. Dem ist jedoch nicht so, dieser Grundsatz gilt nur hinsichtlich der sich stellenden Rechtsfragen, nicht aber für die Abklärung der diesen zugrunde liegenden Sachlage. Zur Beurteilung der letzteren hat er sich sozusagen ausschließlich an die Erklärungen der an einer Anmeldung Beteiligten zu halten und diese grundsätzlich als wahr hinzunehmen³⁸. Damit will aber nicht gesagt werden, die Urkundsperson habe zu Handen des HRegF eine ausdrückliche Erklärung abzugeben, welche diesem die Prüfung der Frage nach der Ausstandspflicht erlaube. Im Gegenteil, ein solcher Hinweis in den Anmeldungsakten ist nicht erforderlich und auch nicht üblich, denn die Urkundsperson gibt ja bereits dadurch, daß sie die Beurkundung an die Hand genommen hat, zu verstehen, daß sie die Frage ihrer Ausstandspflicht von Amtes wegen geprüft hat und zum Ergebnis gekommen ist, daß für sie keine Ausstandsgründe bestehen. Dies hat auch dem HRegF zu genügen, zumal die Urkundsperson als Person öffentlichen Glaubens doch einer qualifizierten Verantwortlichkeit untersteht und daher auch hinsichtlich der Prüfung ihrer eigenen Zuständigkeit ein gewisses Mehr an Vertrauen verdient. Der HRegF hat ihr also grundsätzlich zu glauben. Er kann nur bei begründetem Zweifel einen Nachweis dafür verlangen, daß kein Ausstandsgrund vorliegt, und die Urkunde nur zurückweisen, wenn er auf Grund eigener Kenntnis, der Akten oder Angaben Dritter die Gewißheit hat, daß die Urkundsperson an der Eintragung der von ihr beurkundeten Tatsachen derart interessiert ist, daß sie nach den im Interesse einer objektiven Beurkundung vom maßgebenden kantonalen Recht aufgestellten Bestimmungen hätte in Ausstand treten müssen³⁹.

³⁷ Siehe vorn S. 24 f.

³⁸ Siehe vorn S. 39.

³⁹ Dasselbe hat auch zu gelten bei der Prüfung der Ausstandspflicht anderer Behörden und Amtsstellen.

c) Beurkundungsverfahren

Das Vorgehen beim Beurkundungsakt muß in sehr vielen Fällen aus dem Zweck des Institutes abgeleitet werden, da nur wenige Kantone besondere Vorschriften über die Beurkundung von Gesellschaftsgründungen erlassen haben. Aber bei jeder Beurkundung sollten gewisse Minimalforderungen erfüllt sein, welche zur Verwirklichung bestimmter bundesrechtlicher Normen unerlässlich sind⁴⁰.

So ist erstens festzuhalten, daß entsprechend den Gründungsarten nur zwei Grundformen der Beurkundung⁴¹ möglich sind: Entweder handelt es sich um eine Sukzessivgründung, dann sind die *Beschlüsse* der konstituierenden Generalversammlung in der Urkunde zu protokollieren (OR 637 I), oder um eine Simultangründung, dann sind die einheitlichen *Willenserklärungen* der Gründer zu beurkunden (OR 638 I)⁴².

Zweitens: Im Hinblick auf Zweck und Inhalt der öffentlichen Urkunde und mit Rücksicht darauf, daß nach allgemeiner Auffassung jemand nur Vorgänge verurkunden kann, die er persönlich kennt, muß richtigerweise verlangt werden, daß die Urkundsperson bei einer Sukzessivgründung der konstituierenden Generalversammlung während ihrer ganzen Dauer beizuwohnen hat und auch im Falle einer Simultangründung die Willenserklärungen der einzelnen Gründer nur auf Grund eigener Wahrnehmung beurkundet, sofern das kantonale Recht nicht ausdrücklich ein anderes Verfahren gestattet⁴³. Daher sollte die Urkundsperson korrekterweise in jeder von ihr abgefaßten Urkunde erklären, wie sie bei der Beurkundung vor-

⁴⁰ Siegwart OR 637 N 5; von Steiger AG 116.

⁴¹ ZBGR 1942, 258.

⁴² Das Bundesrecht schreibt für die Simultangründung nur vor, die Gründer hätten in einer öffentlichen Urkunde die gesetzlich verlangten Erklärungen abzugeben, es verlangt dazu aber nicht die gleichzeitige Anwesenheit aller Beteiligten vor der Urkundsperson. Der HRegF hat somit – abweichende kantonale Vorschriften vorbehalten – auch öffentliche Beurkundungen über Simultangründungen entgegenzunehmen, die etappenweise zustandegekommen sind, sei es, daß sich die Urkundsperson nacheinander zu jedem einzelnen Gründer begeben hat, sei es, daß die Erklärungen der Gründer in mehr als einer öffentlichen Urkunde festgehalten wurden, oder gar sukzessiv mehr als eine Urkundsperson mitgewirkt haben. (Wieland II 56; Siegwart OR 638 N 3; von Steiger in ZBGR 1946, 297 ff.).

⁴³ von Steiger Prüfung 35, AG 116; Siegwart OR 637 N 6; Beyli in SAG 1937/38, 1 ff.; SAG 1941/42, 128 ff.

gegangen ist, d. h. ob sie einer Generalversammlung beigewohnt hat oder nicht, ob sie sich selber über das Bestehen der von ihr beurkundeten Tatsachen und Rechtsverhältnisse vergewissert hat oder lediglich auf diesbezügliche Erklärungen Dritter abgestellt hat⁴⁴.

In der gleichen Linie liegt die weitere Forderung, die insbesondere von Siegwart und von Steiger verfochten wird⁴⁵. Ausgehend davon, daß das ZGB einen Begriff der öffentlichen Beurkundung voraussetzt – es verstehe darunter die Festlegung einer rechtlich relevanten Tatsache durch die zuständige Urkundsperson in der vorgeschriebenen Form und in einem selbständigen, von der Urkundsperson unterzeichneten Akt – verlangen sie, daß die Urkundsperson die Urkunde selber abfaßt und nicht einfach eine von einer am Gründungsverfahren teilnehmenden Person erstellte Urkunde nachträglich bestätigt. Urkunden letzterer Art sollten vom HRegF stets zurückgewiesen werden, wenn das kantonale Recht nicht *expressis verbis* etwas anderes bestimmt.

Hinsichtlich der Simultangründung besteht noch ein besonderes bundesrechtliches Erfordernis: Die öffentliche Urkunde ist nicht nur von der Urkundsperson sondern auch von sämtlichen Gründern oder ihren Vertretern zu unterzeichnen (OR 638 I).

Ist eine öffentliche Urkunde im *Auslande* errichtet worden, so kann sie nach HRegV 30 vom HRegF entgegengenommen werden, wenn sie mit einer Bescheinigung der für den Errichtungsort zuständigen Behörde versehen ist, aus welcher sich ergibt, daß eine öffentliche Urkunde nach dem Recht dieses Ortes vorliegt. Ferner sind, unter Vorbehalt abweichender Bestimmungen von Staatsverträgen, die Beglaubigungen der ausländischen Regierung und der zuständigen diplomatischen oder konsularischen Vertretung der Schweiz beizufügen⁴⁶.

Es darf wohl auch angenommen werden, der HRegF sei in Zweifelsfällen befugt, in analoger Weise eine Bescheinigung darüber zu verlangen, daß eine *in einem andern Kanton* errichtete öffentliche Urkunde nach den dort geltenden kantonalen Vorschriften von einer zuständigen Urkundsperson und formgerecht abgefaßt wurde⁴⁷.

⁴⁴ von Steiger a. a. O.

⁴⁵ von Steiger Prüfung 36, AG 116f.; Siegwart OR 637 N 8.

⁴⁶ Burckhardt III Nr. 1530 II.

⁴⁷ Beyli in SAG 1937/38, 44.

2. Inhalt der öffentlichen Urkunde

Wie bereits erwähnt wird der eigentliche Gehalt der Urkunde in seinen wesentlichen Teilen durch das Bundesrecht umschrieben. Die vom OR und der HRegV verlangten Angaben bilden zugleich eine der wichtigsten Grundlagen für die handelsregisterliche Beurteilung der Frage, ob die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung einer AG gegeben sind oder nicht. Eine vorgängige formelle Prüfung der öffentlichen Urkunde auf ihre inhaltliche Vollständigkeit ist somit nur natürlich.

Die Urkunde genügt den bundesrechtlichen Bestimmungen, wenn sie – abgesehen von der selbstverständlichen Nennung von Ort und Datum des Gründungsaktes – im einzelnen folgende Angaben enthält:

a) Bei der Sukzessivgründung

1. Nennung der für die Beschlüsse der konstituierenden Generalversammlung gesetzlich erforderlichen Belege, und zwar einzeln; eine allgemeine Formel, welche die Art der Belege nicht erkennen läßt, ist ungenügend⁴⁸. Gleichzeitig hat die Urkundsperson zu erklären, daß die Belege ihr und der Generalversammlung tatsächlich vorgelegt wurden (OR 639). Diese Belege sind die Zeichnungsscheine, ferner je nach den Umständen die Bescheinigungen der zuständigen kantonalen Depositenstelle und der Einzahlungsstellen⁴⁹ sowie allfällige Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge⁵⁰ (OR 632, 633, 635 I), bei Übernahme eines Geschäftes mit Aktiven und Passiven

⁴⁸ Siegwart OR 639 N 4.

⁴⁹ Siehe hinten S. 63 ff.

⁵⁰ «Soweit keine schriftlichen Sacheinlage- oder Übernahmeverträge vorhanden sind, muß sich aus der Urkunde ergeben, daß der Versammlung von der Vereinbarung Kenntnis gegeben wurde. In diesem Falle wird auch der Inhalt der Vereinbarung in der Urkunde wiedergegeben werden müssen. Meist wird eine Verweisung auf den Gründerbericht (OR 630) genügen.» (Von Steiger Prüfung 37; vgl. auch von Steiger AG 107f.). Werden Immobilien als Apport eingebracht, so ist der Einlagevertrag öffentlich zu verurkunden (ZGB 657 I). Die Urkunde soll derart ausgestaltet sein, daß sie nach dem kantonalen Recht der gelegenen Sache als hinlänglicher grundbuchlicher Ausweis anerkannt wird und die AG mit ihrer Eintragung in das HReg einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das Grundbuch erhält (OR 633 IV); vgl. C. Volkart in ZBGR 1938, 76 ff., Siegwart OR 628 N 18 und Guhl 221. Über die Einbringung von ausländischem Grundbesitz vgl. von Steiger AG 107f.

auch die summarische Übernahmebilanz⁵¹ und bei Liberierung der Aktien durch Verrechnung die dafür notwendigen Ausweise^{52 53}.

Dabei sind die Belege über die Zeichnung der Aktien und die auf sie geleisteten Einzahlungen so aufzuführen, daß sich daraus ergibt:

aa) Daß das gesamte Grundkapital voll gezeichnet ist.

bb) Wie und auf Rechnung welcher Aktien die bei der kantonalen Depositenstelle hinterlegten Barzahlungen geleistet wurden, sowie daß auf jede Aktie mindestens 20 % oder ein statutarisch festgesetzter höherer Betrag und vom ganzen Grundkapital wenigstens ein Betrag von Fr. 20000 liberiert worden ist (HRegV 79), sei es in bar, durch Sacheinlage oder durch Verrechnung.

Der HRegF soll also in die Lage versetzt werden, die Feststellungsbeschlüsse der Generalversammlung⁵⁴ und die über die Sacheinlagen Auskunft gebenden Statutenbestimmungen einigermaßen auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Gleichzeitig erhält er die einzig zuverlässige Unterlage, aus der er den auf das Grundkapital einbezahlten Betrag – der wie die Apports im Handelsregister einzutragen und zu publizieren ist⁵⁵ – ersehen kann.

Dem Zweck von HRegV 79 kann dadurch Genüge getan werden, daß die genannten Belege der öffentlichen Urkunde einfach beigelegt werden, oder daß die Urkundsperson auf Grund ihrer prüfenden Einsichtnahme in diese Belege in der Urkunde bescheinigt, ob die Aktien gleicher Gattung voll oder nur teilweise und bis zu welchem Betrag liberiert worden sind und wieviele Aktien jeder Gattung (oder Bruchteile von solchen) durch bei der kantonalen Depositenstelle hinterlegte Barzahlung, durch Sacheinlagen oder durch Verrechnung (HRegV 80 II). Weisen innerhalb derselben Gattung die Aktien bei gleichem Nennwert verschieden hohe Liberierungsbeträge auf und liegt ein Teil derselben unter dem Nennwert, so sollten die einzelnen Aktien unter Angabe des auf sie entfallenden Liberierungs-

⁵¹ Kreisschr. 1937 Ziff. 22; Burckhardt III Nr. 1522 I.

⁵² Siehe nachfolgend lit. cc.

⁵³ Die Liberierung von Aktien mit im Ausland befindlichen Sacheinlagen oder durch Personen im Ausland bedarf der Zustimmung der Eidg. Verrechnungsstelle, sofern das betreffende Land Beschränkungen im Zahlungsverkehr unterworfen ist (Verw. Ber. des Justizdep. Baselstadt 1946 in ZBGR 1948, 161 lit. d).

⁵⁴ Siehe nachfolgend Ziffer 2.

⁵⁵ OR 641 Ziff. 1; Kreisschr. 1937 Ziff. 24a.

betrages (im Interesse späterer Aktienerwerber) näher bezeichnet werden, sei es durch Angabe ihrer Nummer oder durch Nennung der Zeichner und durch Angabe der Zahl der von ihnen übernommenen Aktien⁵⁶.

cc) Haben die Aktionäre ihre Aktien ganz oder teilweise durch Verrechnung mit Forderungen an die Gesellschaft liberiert, so muß sich aus der öffentlichen Urkunde ergeben, daß und wie die Existenz dieser Forderung in der Gründungsversammlung nachgewiesen worden ist (HRegV 80 I), ob mittels Bescheinigung durch eine Urkundsperson oder durch einen beglaubigten Auszug aus den Geschäftsbüchern⁵⁷.

2. Ferner muß sich aus der Urkunde ergeben, daß die Generalversammlung auf Grund der Belege festgestellt hat, daß das Grundkapital vollständig gezeichnet, daß der gesetzliche oder ein statutarisch festgesetzter höherer Betrag auf jede Aktie bei der kantonalen Depositenstelle hinterlegt, durch Verrechnung oder durch in den Statuten bestimmte Sacheinlagen gedeckt ist und daß die Einzahlungen und die Sacheinlagen zur freien Verfügung der Gesellschaft stehen (OR 635 II);

3. daß die Versammlung den der Aktienzeichnung zugrunde liegenden Statutenentwurf beraten und den endgültigen Wortlaut der in der öffentlichen Urkunde selbst enthaltenen oder ihr beigelegten und beglaubigten Statuten genehmigt hat (OR 635 III)⁵⁸.

4. daß im Falle von Sacheinlagen, Sachübernahmen oder Gründervorteilen die betreffenden Statutenbestimmungen in einer besonderen Beschlußfassung gemäß OR 636 genehmigt worden sind.

5. Schließlich muß aus der Urkunde noch hervorgehen, wer in die Verwaltung und die Kontrollstelle gewählt wurde und daß diese

⁵⁶ Die von C. Volkart «Zur öffentlichen Beurkundung von Gesellschaftsgründungen und Kapitalerhöhungen» in ZBGR 1939, 115ff. vertretene Auffassung (vgl. auch von Steiger AG 85 und ZBGR 1940, 108 lit. b), daß wenn immer möglich eine detaillierte Aufzählung aller Aktienzeichner dem Namen nach und unter Angabe der Zahl der von ihnen gezeichneten Aktien und der Art, wie sie liberiert worden sind, zu erfolgen habe, muß abgelehnt werden. Sie läßt sich weder aus HRegV 79 ableiten noch mit dem Grundsatz der Anonymität des Aktienkapitals vereinigen, ganz abgesehen davon, daß eine solche Maßnahme den Schutz der Gläubigerinteressen nicht erhöhen könnte.

⁵⁷ Jaquerod/v. Steiger Anm. zu Eintragsmuster Nr. 202.

⁵⁸ ZBGR 1940, 108 lit. c.

Organe in einem den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Verfahren bestellt worden sind (OR 635 IV, 640 III Ziff. 4, 708 I und II, 727 I); dazu gehört auch, daß aus der Urkunde ersichtlich ist, daß die Gewählten das Mandat angenommen haben. Zudem ist bei den Mitgliedern der Verwaltung gemäß OR 640 III Ziff. 4 und im Hinblick auf OR 641 Ziff. 8 und HRegV 40⁵⁹ neben dem Familiennamen mindestens ein ausgeschriebener Vorname, die Staatsangehörigkeit (bei Schweizerbürgern der Heimatort) und der Wohnort zu nennen. Der Nachweis der Mandatsannahme und die Angabe der Personalien kann aber auch außerhalb dieser öffentlichen Urkunde erfolgen⁶⁰.

b) Bei der Simultangründung

1. In der öffentlichen Urkunde sind die Gründer und gegebenenfalls ihre Vertreter mit Familiennamen, Vornamen, Staatsangehörigkeit (bei Schweizerbürgern in analoger Anwendung von HRegV 40 mit Heimatort) und Wohnort zu bezeichnen. «Bei Handelsgesellschaften ist ihre rechtliche Natur, ihre Firma und ihr Sitz zu er-

⁵⁹ Siehe auch die Vorschriften betreffend Nationalität und Wohnsitz der Verwaltungsratsmitglieder in OR 711 und HRegV 86 und die diesbezüglichen Ausführungen in den Kreisschreiben 1937 Ziff. 26 und 1940 Ziff. 9.

⁶⁰ Vgl. hinten S. 69 lit. E Ziff. 1.

Keinerlei Angaben sind nötig darüber, ob die genannten Organe auf eine im gesetzlichen Rahmen liegende Amtsdauer gewählt worden sind (OR 708 I, 727 IV), ob die Verwaltungsräte Aktionäre sind (OR 707; Eidg. HRegAmt in SAG 1942/43, 162f.; von Steiger Prüfung 59, AG 212; Schucany OR 707 N 4f.; vgl. aber auch SAG 1932/33, 119f., wo das Eidg. HRegAmt in seinem Schreiben vom 1. April 1931 die Auffassung vertrat, daß bei der Gründung einer AG nur Aktienzeichner als Verwaltungsräte in Frage kämen) und ob sie ihrer Aktienhinterlegungspflicht nachgekommen sind (OR 709, 762 IV; a. M. Schucany OR 709 N 2 unter Berufung auf Herold 77), denn diese Fragen werden auch von der materiellen Kognition nicht berührt. Ebenfalls nicht erforderlich ist, daß in der öffentlichen Urkunde über die konstituierende Generalversammlung, wie bei der Simultangründung, auch die Gründer zu nennen sind. Das Eidg. HRegAmt hat dies zwar schon verlangt. Da es sich dabei natürlich nicht auf HRegV 78 stützen konnte, berief es sich auf HRegV 40, d. h. es zählte die Gründer zu den «in irgend einer Eigenschaft im HReg zu erwähnenden Personen.» (Bericht des solothurn. Oberger. 1937 in ZBGR 1940, 108). Zu diesen im HReg einzutragenden und zu veröffentlichenden Personen – und auf diese allein bezieht sich HRegV 40 – gehören aber gerade die Gründer nicht (His OR 932 N 19).

wähnen, wenn möglich mit der Beifügung, wo sie im Handelsregister eingetragen sind.»⁶¹ Die Vollmachten der vertretenen Gründer und, wenn ausländische Gesellschaften sich an der Gründung beteiligen, die Ausweise darüber, daß sie nach den an ihrem Sitz geltenden Vorschriften zu Recht bestehen, sind zu den Akten des Handelsregisters einzureichen (HRegV 78), sofern die Gültigkeit der Vollmachten und das rechtmäßige Bestehen der ausländischen Gesellschaften nicht aus der Urkunde selbst hervorgehen⁶².

2. Die den einhelligen Erklärungen und Bestätigungen der Gründer zugrunde liegenden Belege sind in der Urkunde in gleicher Weise aufzuführen wie bei der Sukzessivgründung⁶³.

3. Ferner haben die Gründer in der Urkunde zu bestätigen, daß sie sämtliche Aktien übernommen haben (OR 638 II Ziff. 1) und daß der gesetzliche oder ein (statutarisch)⁶⁴ festgesetzter höherer Betrag auf jede Aktie zur freien Verfügung der Gesellschaft bei der kantonalen Depositenstelle hinterlegt, durch Verrechnung oder durch in den Statuten bestimmte Sacheinlagen gedeckt ist (OR 638 II Ziff. 2);

4. daß sie die Statuten mit dem Wortlaut genehmigen, wie er in der Urkunde selbst oder in dem ihr beigelegten, beglaubigten Exemplar enthalten ist (OR 638 I)⁶⁵;

5. daß sie die Bestimmungen der Statuten über Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile genehmigen (OR 638 II Ziff. 4);

6. daß die Einlage- und Übernahmeverträge vorgelegt worden sind (OR 638 II Ziff. 4).

7. Schließlich haben die Gründer noch zu erklären, was für Personen der Verwaltung und der Kontrollstelle angehören (OR 638 I; vgl. auch OR 708 II). «Für die Mitglieder des Verwaltungsrates und der Kontrollstelle, welche bei der Errichtung der Gesellschaft nicht zugegen waren, ist der Nachweis zu erbringen, daß sie bereit sind das Mandat anzunehmen»,⁶⁶ sei es indem die Betreffenden dies zu-

⁶¹ von Steiger Prüfung 40, AG 84.

⁶² von Steiger a. a. O.

⁶³ Siehe vorn S. 58 ff. (Ziffer 1).

⁶⁴ Siehe vorn S. 52.

⁶⁵ ZBGR 1940, 108 lit. d.

⁶⁶ Jaquerod/v. Steiger Nr. 194 N 13; Auskunft des Eidg. HRegAmtes vom 24. Jan. 1931 in Verw. Entsch. Heft 5 Nr. 79 und SAG 1932/33, 141; siehe auch vorn S. 60 Ziff. 5.

handen des Handelsregisters schriftlich erklären oder daß die öffentliche Urkunde selbst eine dahin gehende Feststellung enthält.

3. *Beilagen zur öffentlichen Urkunde (Die Einzahlungsstellen und die kantonalen Depositenstellen sowie die von ihnen auszustellenden Bescheinigungen)*

Als Beilagen zur öffentlichen Urkunde verlangt der auf die Sukzessivgründung zugeschnittene Art. 637 II OR den Statutenentwurf, die von der Generalversammlung genehmigten Statuten⁶⁷ und, wenn sie vorgeschrieben sind⁶⁸, den Prospekt⁶⁹ und den Gründerbericht. Im Falle der Simultangründung fallen somit Prospekt und Gründerbericht weg, desgleichen auch der Statutenentwurf, denn er ist hier «überhaupt nicht Gegenstand einer körperschaftlichen Bindung.»⁷⁰

Werden bei einer qualifizierten Gründung mehrere Vermögenswerte übernommen und werden sie zur Entlastung der Statuten in einer besonderen, datierten Aufstellung (Inventar) bezeichnet, so ist auch diese der öffentlichen Urkunde beizufügen. Dasselbe gilt von der summarischen Übernahmebilanz im Falle der Übernahme der Aktiven und Passiven eines Geschäftes⁷¹. Ob weitere Belege erforderlich sind, bestimmt sich jeweils nach der Art, wie die öffentliche Urkunde selbst ausgestaltet wird⁷².

Auch all diese Belege unterliegen der formellen handelsregisterlichen Prüfung. Was für Anforderungen sie dabei zu genügen haben, dürfte zu einem wesentlichen Teil bereits in den Ausführungen über die Statuten und die öffentliche Urkunde zum Ausdruck gekommen sein. Auf die Prüfung des Statutenentwurfs, des Prospektes und des Gründerberichtes wird noch gesondert einzutreten sein⁷³.

Dagegen drängen sich an dieser Stelle noch einige Bemerkungen auf über die *Einzahlungsstellen und die kantonalen Depositenstellen sowie die von ihnen auszustellenden Bescheinigungen*⁷⁴. Diese Be-

⁶⁷ sofern ihr Wortlaut nicht in der öffentlichen Urkunde selbst enthalten ist; siehe S. 50, 60 Ziff. 3, 62 Ziff. 4.

⁶⁸ OR 630 I und III, OR 631 I.

⁶⁹ oder einen Zeichnungsschein i. S. von OR 631 III.

⁷⁰ Siegwart OR 638 N 19; Kreisschr. 1940 Ziff. 3.

⁷¹ Vgl. Kreisschr. 1937 Ziff. 22 und vorn S. 51 f.

⁷² Vgl. vorn S. 58 Ziff. 1, 60 Ziff. 5, 61 f. Ziff. 1 und 2, 62 Ziff. 7.

⁷³ Siehe hinten S. 68 lit. D.

⁷⁴ Die vom Eidg. JPD in seinem Kreisschr. vom 21. Jan. 1948 vertretenen Ansichten werden dabei im Hinblick auf ihre für die Praxis ausschlaggebende

scheinigungen sind zwar weder der öffentlichen Urkunde noch der Anmeldung beim Handelsregister beizulegen, ihre Ordnungsmäßigkeit ist aber auf Grund der in der öffentlichen Urkunde enthaltenen Angaben vom HRegF dennoch bis zu einem gewissen Grade überprüfbar. «Bekanntlich schreiben die Art. 633, Abs. 3, 635, Abs. 2, 638, Abs. 2, Ziff. 2 und 650, Abs. 1 OR vor, daß die Einzahlungen auf das Aktienkapital vor der konstituierenden Generalversammlung, bzw. vor der Generalversammlung, welche die Kapitalerhöhung festzustellen hat, bei einer von den Kantonen zu bezeichnenden Depositenstelle auf den Namen der Gesellschaft zu hinterlegen sind.»

Bei der Bezeichnung der Depositenstellen sind die Kantone in der unterschiedlichsten Art und Weise vorgegangen. Während der eine Kanton erklärt, auf seinem Gebiete sei allein die eigene Kantonalbank zur Entgegennahme von Depositionen berechtigt und nur für Fälle, in denen diese in Ausstand zu treten hat, die Hinterlegung bei einer andern Stelle gestattet⁷⁵, erlaubt der andere sozusagen sämtlichen Haupt- und Zweigniederlassungen von schweizerischen und ausländischen Banken auf seinem Boden, als Depositenstelle zu amten⁷⁶.

Wo die Hinterlegung erfolgen soll, im Kanton, in welchem die AG ihren Sitz hat, am Gründungsort, am Wohnort des Geldgebers oder sonstwo, soll in das Belieben der Gesellschaft gestellt sein, wie die Wahl des Sitzes und des Gründungsortes (und damit des Ortes der öffentlichen Beurkundung)⁷⁷. Ebenso sollte m. E. eine Hinterlegung bei mehreren Depositenstellen zulässig sein⁷⁸. Gewisse Kantone vertreten hingegen im Anschluß an Ziffer 4 des Kreisschreibens vom Jahre 1940 die Auffassung, daß der Kanton, in welchem die Gesellschaft ihren Sitz hat, dem HRegF vorschreiben könne, von was für Depositenstellen er Bescheinigungen entgegennehmen dürfe⁷⁹.

Bedeutung wörtlich übernommen und durch Anführungszeichen gekennzeichnet.

⁷⁵ So z. B. Bern; vgl. Verw. Ber. der Justizdir. Bern 1946 in ZBGR 1947, 331 und SHAB 1948 Nr. 73 (3. Nachtrag zu der in SHAB 1946 Nr. 146 veröffentlichten Liste der kantonalen Depositenstellen).

⁷⁶ So z. B. Genf.

⁷⁷ gl. M. Siegwart OR 633 N 10 und von Steiger AG 106.

⁷⁸ a. M. Kreisschr. 1940 Ziff. 4.

⁷⁹ So entschied z. B. die Aufsichtsbehörde über das HReg St. Gallen, daß Depositenstelle für die Einzahlungen auf Rechnung des Grundkapitals einer

Diese Ansicht ist nach meiner Meinung unzutreffend, denn das Eidgenössische Amt für das Handelsregister läßt jede anerkannte Depositenstelle zu⁸⁰, d.h. sie und ihre Bescheinigungen werden bundesrechtlich für gleichwertig genommen. Die abweichenden kantonalrechtlichen Weisungen sind somit als zusätzliche, unmittelbare Eintragungsvoraussetzungen zu betrachten, und solche aufzustellen sind die Kantone nicht befugt, da hierin eine Beschränkung des Bundesrechtes läge⁸¹.

«Der Zweck dieser durch das revidierte OR eingeführten Neuerung war, ein schwindelhaftes Vorgehen bei der Gründung oder Kapitalerhöhung einer Aktiengesellschaft möglichst zu verhindern. Da bei einer Aktiengesellschaft die Haftung beschränkt ist, liegt dem Gesetzgeber außerordentlich viel daran, daß das Grundkapital wirklich aufgebracht wird. Die kantonale Depositenstelle, welche eingeführt wurde, um eine verschärfte Kontrolle der Einzahlung des Aktienkapitals zu ermöglichen, erfüllt daher amtliche Funktionen...»

«Diese besondere Rolle welche der Gesetzgeber der kantonalen Depositenstelle bei der Kontrolle der Einzahlung des Aktienkapitals zugedacht hat, bringt es mit sich, daß die Depositenstelle nicht selber

AG mit Sitz in St. Gallen nur die St. Gallische Kantonalbank sei, und verlangte von einer in Zürich gegründeten AG mit Sitz in St. Gallen Überweisung des Geldes an die St. Gallische Kantonalbank (Entscheidungen des Kt.Ger. 1944, 24 Nr. 21 in ZBGR 1948, 137 ff.). Und im Verw.Ber. des RegR des Kt. Basel-Stadt 1946 heißt es: Bei der Anmeldung von hier domizilierten Aktiengesellschaften darf das HReg als Nachweis der Aktienkapitaleinzahlung auch Bescheinigungen auswärtiger, kantonal anerkannter Depositenstellen annehmen, wenn der Gründungsakt im fraglichen Kanton durchgeführt worden ist oder wenn einer der Gründer in diesem andern Kanton wohnt (ZBGR 1948, 161).

⁸⁰ von Steiger AG 89.

⁸¹ Siehe vorn S. 35.

Ein solch unstatthafes Eintragungserfordernis stellt m. E. auch der Aargauer Regierungsrat auf in seiner Weisung, daß das HRegAmt Bescheinigungen außerkantonalen Bankinstitute über Einzahlungen auf das Grundkapital von Aktiengesellschaften, die ihren Sitz im Aargau haben, nur entgegennehmen darf, sofern im einzelnen Fall notariell beurkundet wird, daß die betreffende Bank von der zuständigen Behörde als Depositenstelle i. S. von OR 633 anerkannt ist (Rechensch.Ber. der Aargauer Justiz- und Polizeidirektion 1942 und 1943 in ZBGR 1944, 118 und ZBGR 1945, 113 f.). Da jedoch alle kantonalen Depositenstellen im SHAB publiziert sind (siehe S. 64 N 75) und daher als jedem HRegF bekannt gelten dürfen, ist vom handelsregisterlichen Standpunkt aus dieses kantonale Formerfordernis völlig überflüssig.

an der Gründung oder Kapitalerhöhung der AG beteiligt sein kann. Denn die Bescheinigung, welche die kantonale Depositenstelle zu Händen der Generalversammlung auszustellen hat, erfordert zweifellos möglichste Objektivität. Nur dann wird die vom Gesetzgeber gewollte Sicherung der Einzahlung des Aktienkapitals erreicht. Die Bank, welche selber Aktien zeichnet, sei es nun für eigene oder für fremde Rechnung, ist naturgemäß an der Aufbringung des Aktienkapitals und an der Erwirkung der Eintragung persönlich interessiert. Sie kann daher in derartigen Fällen so wenig als Depositenstelle tätig sein wie ein Handelsregisterführer amten kann, wenn es sich um eine Eintragung handelt, die ihn selber betrifft. Übrigens muß auch fast überall die Urkundsperson, welche die Gründung oder die Kapitalerhöhung einer AG zu verkünden hat, dann in Ausstand treten, wenn sie selber an der Aktienzeichnung teilnimmt oder Mitglied eines Organs der Gesellschaft ist⁸². Während es in den Kantonen, wo mehrere Banken als Depositenstelle anerkannt worden sind, im einzelnen Fall ohne weiteres möglich ist, an Stelle einer beteiligten Bank das für das Aktienkapital einbezahlte Geld bei einer andern Depositenstelle zu hinterlegen, ergeben sich Schwierigkeiten bei den Kantonen, wo nur ein einziges Institut, meistens die Kantonalbank, als Depositenstelle anerkannt worden ist. Hier wird es notwendig, daß in den Fällen, wo die Kantonalbank selber Aktien übernimmt, die kantonale Aufsichtsbehörde ein weiteres Institut, allenfalls auch eine Behörde, als Depositenstelle bezeichnet, sei es nun ganz allgemein für die Fälle, da die Kantonalbank nicht handeln kann, oder aber nur für die gerade in Betracht fallende Gründung oder Kapitalerhöhung. Aus Gründen der Rechtsgleichheit geht es nicht an, die Kantonalbanken anders zu behandeln als andere Bankinstitute. Denn selbst wenn man den Kantonalbanken ein erhöhtes Vertrauen entgegenbringen wollte, so würde doch seitens der andern Banken nicht verstanden werden, warum sie als Depositenstelle abgelehnt werden, während Kantonalbanken in dieser Eigenschaft tätig sein können, auch dann, wenn sie selber an der Zeichnung des Aktienkapitals teilnehmen.

Nicht zu beanstanden ist dagegen, daß die gleiche Bank als Zeich-

⁸² Daher darf wohl auch die Frage, inwiefern der HRegF die Ausstandspflicht zu prüfen hat, gleich wie bei der Urkundsperson beantwortet werden (siehe vorn S. 54 f.).

nungsstelle, d. h. als Institut zur Entgegennahme von Aktienzeichnungen, und als Depositenstelle tätig ist. Während bei kleineren Emissionen die Depositenstelle in der Regel einzige Einzahlungsstelle ist, ein Verfahren, das zweckmäßig ist und auch wenig Kosten zur Folge hat, werden bei größeren und namentlich öffentlichen Emissionen häufig mehrere Zeichnungs- und Einzahlungsstellen vorgesehen. Hier muß ein deutlicher Unterschied gemacht werden zwischen der Aufgabe der Einzahlungsstelle und derjenigen der Depositenstelle. Letztere kann begreiflicherweise nur über die bei ihr erfolgten Vorgänge die Bescheinigung ausstellen. Sind die Einzahlungen anderswo gesammelt und alsdann der Depositenstelle überwiesen worden, so kann diese nur bescheinigen, daß bei ihr zur Liberierung des Gründungs- oder Erhöhungskapitals der entsprechende Betrag hinterlegt worden ist und daß er von der Verwaltung der Gesellschaft entgegengenommen werden kann gestützt auf den Nachweis der erfolgten Eintragung.

In diesen Fällen, bei welchen die Einzahlungsstelle und die Depositenstelle nicht dieselbe Bank ist, muß außer der Bescheinigung der Depositenstelle seitens der Einzahlungsstelle ein Ausweis ausgestellt werden, auf Grund dessen die Generalversammlung feststellen kann, wieviel auf die einzelnen Aktien oder Aktiengruppen einbezahlt wurde und daß das gesetzliche Erfordernis der Einzahlungen (20 % oder ein statutarisch festgesetzter höherer Betrag auf jede Aktie) erfüllt ist.

An die erforderliche Bescheinigung der Einzahlungsstelle, die also nicht notwendigerweise mit der Depositenstelle zusammenfallen muß, müssen folgende Anforderungen gestellt werden:

a) die Aktien, auf welche Einzahlungen geleistet werden, sind zu bezeichnen durch Angabe ihrer Nummer oder durch Nennung der Zeichner und durch Angabe der Zahl der von ihm übernommenen Aktien;

b) die geleisteten Zahlungen sind getrennt aufzuführen, und die einzelnen Aktien oder Gruppen von Aktien sind zu bezeichnen, für welche jede Zahlung bestimmt ist.»⁸³

⁸³ Vgl. auch von Steiger AG 86ff. und 104ff. und Siegwart OR 633 N 7/13.

D. Statutenentwurf, Gründerbericht und Prospekt

Die sich bereits aus OR 637 II ergebende Forderung, daß bei der Sukzessivgründung⁸⁴ der Statutenentwurf sowie, wenn sie vorgeschrieben sind, Prospekt⁸⁵ und Gründerbericht mit der öffentlichen Urkunde über die konstituierende Generalversammlung der Anmeldung beim Handelsregister beizufügen seien, wird in OR 640 III Ziffer 3 noch ausdrücklich wiederholt.

Diese drei Aktenstücke haben die Unterschrift der Gründer oder ihrer bevollmächtigten Vertreter zu tragen (OR 629 II, 630 I, 631 I) oder deren Namen zu enthalten (OR 631 III). Der HRegF hat somit zu vergleichen, ob sie alle die gleichen Gründernamen aufweisen.

Ferner hat er zu prüfen, ob Gründerbericht und Prospekt über die in OR 630 II und 631 II aufgeführten Punkte Angaben enthalten. Dabei sei hier gleich festgehalten, daß er auf deren materiellen Inhalt grundsätzlich nicht einzutreten hat, es sei denn, die Angaben erwiesen sich als offensichtlich unwahr oder ihrem Inhalte nach absolut ungenügend. Gerade im letzteren Fall sollte er sich größte Zurückhaltung auferlegen eingedenk der strengen Sonderhaftung, welcher vor allem die Gründer unterstehen (OR 752, 753, 759), und mit Rücksicht darauf, daß diese berechnigte Gründe dafür haben können, der in OR 630 und 631 statuierten Offenlegungspflicht nur in beschränktem Maße zu entsprechen⁸⁶.

Fehlt der Gründerbericht oder ist er offensichtlich mangelhaft, so hat der HRegF die Eintragung zu verweigern⁸⁷. Die Eintragung muß jedoch nicht unbedingt scheitern bei Fehlen des Statutenentwurfs oder wenn kein bzw. ein mangelhafter Prospekt herausgegeben worden ist. Denn im Zeitpunkt der Anmeldung kommt ihnen nur noch eine relativ untergeordnete Bedeutung zu, im Gegensatz zu dem für die in das Handelsregister Einsichtnehmenden bedeutsamen

⁸⁴ Bei der Simultangründung ist weder ein Statutenentwurf (Kreisschr. 1940, Ziff. 3) noch ein Gründerbericht (Verw.Ber. des RegR Basel-Stadt 1938, 27) noch ein Prospekt (von Steiger AG 98) erforderlich, auch wenn die von den Gründern übernommenen Aktien später – meist durch Vermittlung von Banken – einem weiteren Publikum angeboten werden (a. M. Siegwart OR 652 N 3).

⁸⁵ oder ein Zeichnungsschein i. S. von OR 631 III; gl. M. Schucany OR 640 N 7.

⁸⁶ Vgl. von Steiger Prüfung 42f., AG 97.

⁸⁷ Siegwart OR 630 N 11.

Gründerbericht. So wird die kantonale Aufsichtsbehörde über das Handelsregister die Ermächtigung zur Eintragung kaum verweigern (HRegV 31), wenn sich wegen eines dieser Belege Anstände formeller Natur ergeben, die Gründung aber im übrigen zweifellos in Ordnung ist, d.h. insbesondere den zufolge solcher Mängel u.U. unverbindlichen Zeichnungen nachträglich doch noch Gültigkeit verliehen worden ist, indem die Zeichner (persönlich oder durch bevollmächtigte Vertreter) an der konstituierenden Generalversammlung teilnahmen oder indem sie die Zeichnung unter Bezugnahme auf den Statutenentwurf oder die endgültigen Statuten nochmals ausdrücklich bestätigten⁸⁸. Bei Fehlen des Statutenentwurfs darf wohl überdies verlangt werden, daß die Zustimmung sämtlicher Aktionäre zu den Statuten nachgewiesen wird und die Gründer wenigstens für die definitiven Statuten die Verantwortung schriftlich übernehmen⁸⁹.

E. Weitere Belege

1. Der Ausweis über die Bestellung der Verwaltung und der Kontrollstelle (OR 640 III Ziff. 4) ist meist schon in der öffentlichen Urkunde über den Gründungsakt enthalten⁹⁰.

2. Ausweis über die Konstituierung des Verwaltungsrates und über die Bestellung der zur Ausübung der Vertretung befugten Personen unter Angabe der Zeichnungsart, d.h. ob es sich um Bevollmächtigte mit voller Unterschrift (z.B. Direktor, Geschäftsführer) oder mit Prokuraunterschrift, um Einzel- oder Kollektivunterschrift handelt (OR 640 IV, 714, 718 II, 460, 720). Sollen noch Zweigniederlassungen errichtet werden, so empfiehlt es sich – um der im allgemeinen Interesse liegenden Klarheit und Eindeutigkeit der Handelsregistereintragungen willen – überdies klarzustellen, ob die Bevollmächtigten für das ganze Unternehmen, nur für die Hauptniederlassung oder für letztere und bestimmte weitere Filialen unter Ausschluß der andern zeichnungsberechtigt sind⁹¹. Erfolgen die Er-

⁸⁸ SAG 1934 35, 47; von Steiger Prüfung 43, AG 98; Siegwart OR 631 N 13 und OR 632 N 8/9.

⁸⁹ Siegwart OR 629 N 8.

⁹⁰ Siehe vorn S. 60 Ziff. 5 und S. 62 Ziff. 7.

⁹¹ Mitteilung des Eidg. Amtes für das HReg zur Eintragung von Vollmachten bei Haupt- und Zweigniederlassungen in SHAB 1941 Nr. 63.

nennungen durch die konstituierende Generalversammlung oder im Errichtungsakt oder lassen es die Statuten bei der gemeinsamen Vertretung durch alle Mitglieder der Verwaltung bewenden (OR 717 III), so wird in der Regel der Ausweis bereits in der öffentlichen Urkunde liegen⁹². Konstituiert sich der Verwaltungsrat selbst, bestimmt er die Unterschriftsberechtigten und setzt er die Art der Zeichnung fest (OR 717 I und II), so ist der Anmeldung als Ausweis ein Auszug aus dem Protokoll der Verwaltung (OR 715) beizulegen. Dieser Auszug ist durch eine Urkundsperson oder den HRegF zu beglaubigen⁹³ (OR 640 IV, 720, HRegV 28 II und III), wenn er nicht von sämtlichen Verwaltungsräten unterzeichnet ist. Die Beilage des Protokollauszuges kann unterbleiben, wenn alle Mitglieder der Verwaltung die Anmeldung unterschreiben (HRegV 28 V). Wie bei den Verwaltungsmitgliedern⁹⁴ sind auch die Personalien der zur Vertretung ermächtigten Personen genauer anzugeben (OR 641 Ziff. 8, HRegV 40). Die Vertretungsberechtigten haben ihre Firmaunterschrift beim Handelsregister zu zeichnen oder in beglaubigter Form einzureichen. Die Zeichnung geschieht in der Weise, daß der Firma⁹⁵ der Namenszug⁹⁶ beigefügt wird (HRegV 26 I). Dabei genügt es, wenn jede unterschreibsberechtigte Person ihre Unterschrift unter eine einzige Firma setzt. Wird die Firma in mehreren Sprachen geführt, so muß der Namenszug nur einmal unter die vorangestellten, verschiedenen Fassungen der Firma gesetzt werden⁹⁷. Abgesehen von den Prokuristen, die der Firma oder ihrer Unterschrift einen die Prokura andeutenden Zusatz (meist die Abkürzung «pp») voranzustellen haben (OR 458 II, HRegV 26 III), steht es den unter-

⁹² Siegart OR 640 N 14;

Jaquerod/v. Steiger Eintragsmuster Nr. 194 N 14.

⁹³ Zu beglaubigen ist die Übereinstimmung des Inhalts mit dem Original. Es hat keinen Sinn nur die Unterschriften, die sich eventuell auf dem Auszug befinden, zu beglaubigen; geschieht dies, so hat in Wirklichkeit der Protokollauszug den Charakter einer zweiten Anmeldung, während er die in der Anmeldung enthaltenen Tatsachen (Beschlüsse oder Wahlen) bezeugen soll (ZBGR 1940, 108f., 1943, 165f., 1944, 226); Kreisschr. 1937 Ziff. 10.

⁹⁴ Siehe vorn S. 26 Ziff. 5.

⁹⁵ Die Firma kann von Hand oder mit der Maschine geschrieben werden; sie kann auch mittels Stempel beigesetzt werden (Jaquerod/von Steiger Nr. 194 N 16).

⁹⁶ Die Unterschrift braucht nicht die voll ausgeschriebenen Vornamen zu enthalten.

⁹⁷ HRegV 27; Kreisschr. 1937 Ziff. 9.

schriftsberechtigten Personen⁹⁸ frei, anzugeben, in welcher Eigenschaft sie handeln: als Präsident oder Sekretär des Verwaltungsrates, als Verwaltungsdelegierter, Verwaltungsrat, Direktor, stellvertretender Direktor, Subdirektor, Geschäftsführer, Liquidator usw. (OR 719, HRegV 26 I)⁹⁹.

3. Als weitere Belege können in Frage kommen die bereits erwähnten Vollmachten und Ausweise gemäß HRegV 78¹⁰⁰.

4. In der Eintragung müssen die öffentlichen Blätter¹⁰¹ bezeichnet¹⁰² werden, in welchen die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen sollen¹⁰³. Bezeichnen die Statuten nicht selber das Publikationsorgan, sondern überlassen sie dies einem Gesellschaftsorgan (HRegV 82 II), so muß dieses vorgängig der Anmeldung einen entsprechenden Beschluß fassen. Dieser Beschluß ist durch beglaubigten Protokollauszug dem Handelsregisteramt zu belegen¹⁰⁴.

5. Ferner ist an jene Ausweise zu erinnern, die für gewisse Eintragungsfälle durch das öffentliche Recht des Bundes als besondere Gültigkeitsvoraussetzungen verlangt werden¹⁰⁵.

6. In diesem Zusammenhang sei noch erwähnt, daß die Statuten in der Regel nur aussagen, in welcher Gemeinde die AG ihren Sitz hat. HRegV 42 II verlangt aber, es sei in allen Fällen in der Eintra-

⁹⁸ Juristische Personen und Handelsgesellschaften können nicht zu zeichnungsberechtigten Vertretern bestellt werden; vorbehalten bleibt ihre Wahl zu Liquidatoren (HRegV 41); siehe aber auch hinten S. 129.

⁹⁹ Jaquero/von Steiger Nr. 194 Anm. 17.

¹⁰⁰ Siehe vorn S. 61 Ziff. 1.

¹⁰¹ Unter «öffentlichen Blättern» sind nicht nur Amtsblätter zu verstehen, sondern auch Tages- und Wochenzeitungen.

¹⁰² d.h. es muß mindestens ein bestimmtes Blatt bezeichnet werden; es genügt daher nicht, wenn eine AG beim HReg anmeldet, daß die Bekanntmachungen in dieser oder jener Zeitung erscheinen (Sigmund S. 282; Schreiben des Eidg. HRegAmtes vom 22. Sept. 1933 in SAG 1934/35, 48f.).

¹⁰³ HRegV 82. – Dieser Artikel nimmt nur Bezug auf OR 626 Ziff. 7 und OR 641 Ziff. 9 (am Anfang), wonach alle Statuten eine Bestimmung enthalten müssen über die Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen, seien sie gesetzlich vorgeschrieben oder nicht; von diesen Bekanntmachungen zu unterscheiden sind die Erklärungen der Verwaltung an die Aktionäre i.S. von OR 641 Ziff. 9 (am Ende). – Vgl. Kreisschr. 1937 Ziff. 23; BGE 69 I 51; Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1943 Nr. 137.

¹⁰⁴ von Steiger AG 122.

¹⁰⁵ Siehe vorn S. 33ff.

gung auch das Geschäftslokal oder das Bureau der Geschäftsführung zu bezeichnen, wenn möglich unter Angabe von Straße und Hausnummer. Hat die Gesellschaft des statutarischen Sitzes kein Geschäftsbureau, so ist dem HRegF anzugeben, bei wem sich an diesem Orte das Domizil befindet (HRegV 43 I). Auf Begehren der Anmeldenden kann auch der Ort des vom statutarischen Sitz getrennten Geschäfts- und Verwaltungssitzes eingetragen werden¹⁰⁶.

Verwiesen sei auch auf HRegV 45/46, wonach die Eintragung von Firmen, in denen nationale oder gewisse territoriale bzw. regionale Bezeichnungen verwendet werden, nur vorgenommen werden darf, wenn der Anmeldung eine Bewilligung des Eidgenössischen Amtes für das Handelsregister zur Führung einer solchen Firma beiliegt.

F. Amtssprache

Die Eintragungen werden in der Landessprache abgefaßt, die am Sitze des Handelsregisteramtes als Amtssprache gilt (HRegV 7)¹⁰⁷. Diese Amtssprache ist bis zu einem gewissen Grade auch maßgebend für die dem Handelsregister einzureichenden Akten. Diese können (mit Ausnahme der im Ausland errichteten öffentlichen Urkunden, HRegV 30) nicht in einer fremden Sprache, wohl aber in einer andern Landessprache eingereicht werden, sofern dadurch die Einsichtnahme in das Register durch Dritte nicht beeinträchtigt wird.

«Eine solche Beeinträchtigung würde beispielsweise vorliegen, wenn im deutschsprachigen Teil der Schweiz Akten in italienischer, oder in der romanischen Schweiz Akten in deutscher Sprache eingereicht werden. Zu beachten ist auch, daß der Handelsregisterführer die Verantwortung für die Prüfung der Akten trägt. Er soll daher, wenn er es für nötig findet, befugt sein, eine beglaubigte Übersetzung

¹⁰⁶ Kreisschr. 1937 Ziff. 13; siehe auch HRegV 25;

Eine Pflicht, den Ort der tatsächlichen Geschäftsführung anzugeben, besteht somit nicht (Julius Hartmann 207 Ziff. 11).

¹⁰⁷ Nicht von dieser Vorschrift betroffen ist die Sprache der Firma. Die Firma darf ganz oder teilweise in jeder schweizerischen Amtssprache, aber auch in einer nichtschweizerischen oder toten Sprache (sofern diese in deutschen oder romanischen Lettern schreibbar und in einer schweizerischen Amtssprache aussprechbar ist) gebildet werden. Wird eine Firma in mehreren Sprachen abgefaßt, so müssen alle Fassungen inhaltlich (nicht wörtlich) genau übereinstimmen (HRegV 39; His OR 944 N 143/145).

der Akten zu verlangen, die nicht in der Amtssprache abgefaßt sind.»¹⁰⁸

§ 6. Änderungseintragungen

I. Allgemeines

(Änderung i.e.S., Berichtigungen, Annullierung)

Das Handelsregister kann seine Aufgabe als Publizitätsinstitut nur zuverlässig erfüllen, wenn die bestehenden Einträge ständig den gesetzlichen Anforderungen entsprechen. Daher sind diese Einträge immer wieder durch Änderungseintragungen zu ergänzen und zu korrigieren.

Je nach den Ursachen, die eine Eintragsänderung nötig machen, wird differenziert zwischen den relativ seltenen Berichtigungen (HRegV 8 und 38 II) und den eigentlichen Änderungen (OR 937, HRegV 59 I), zu denen auch die Löschungen zählen (OR 938).

Von einer *Änderung i.e.S.* spricht die HRegV, wenn eine Veränderung in den tatsächlichen Verhältnissen die Ursache zur Eintragsänderung bildet, von einer *Berichtigung*, wenn aus einem andern Grunde ein bestehender, aber inhaltlich mangelhafter Eintrag mit den gesetzlichen Anforderungen wieder in Einklang gebracht werden soll.

Bei den Berichtigungen wiederum ist – im Hinblick auf das unterschiedliche Verfahren – zu unterscheiden zwischen solchen i.S. von HRegV 8 und solchen i.S. von HRegV 38 II. Stimmt zufolge eines Versehens des HRegF oder aus andern Gründen ein Eintrag mit der formell und materiell ordnungsgemäßen Anmeldung nicht überein oder weist er sonst einen inhaltlichen Mangel auf, der ohne Zutun der Anmeldungspflichtigen entstanden ist und auch nicht in den eingetragenen Tatsachen begründet liegt, so ist die *Berichtigung gemäß HRegV 8* von Amtes wegen vorzunehmen¹. Stellt sich hingegen bei einer formell richtig vollzogenen Eintragung heraus, daß sie ihrem Inhalte² nach (ganz oder teilweise) den gestellten Anforderungen nicht entspricht, weil sie unwahr ist, zu Täuschungen Anlaß gibt oder in einer andern für den HRegF im Rahmen seiner Kognition be-

¹⁰⁸ Kreisschr. 1937 Ziff. 2.

¹ His OR 932 N 28.

² Zum Inhalt des Eintrags zählt auch der Statuteninhalt.

achtlichen Art und Weise gegen öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Vorschriften verstößt, *so gilt HRegV 38 II*³. Darnach hat der HRegF die Berichtigung unter sinngemäßer Anwendung der Vorschriften über die Änderungen i.e.S. herbeizuführen⁴.

Den Berichtigungen i.S. von HRegV 38 II stellt die Praxis hinsichtlich des anzuwendenden Verfahrens auch jene seltenen Fälle gleich, in denen ein vollzogener und inhaltlich ordnungsgemäßer Eintrag rückgängig zu machen ist, weil er in einem mangelhaften Eintragungsverfahren zustandegekommen ist, z.B. weil die Anmeldung ungenügend unterzeichnet war⁵, oder weil die Eintragung offensichtlich durch unlautere Mittel erwirkt worden ist⁶. Zu solchen *Annullierungen* schreitet der HRegF in der Regel nur, wenn Dritte dies in einem privatrechtlichen Einspruch gemäß HRegV 32 I verlangen und die Umstände es rechtfertigen, ausnahmsweise das Sonderinteresse eines Einzelnen am ordnungsgemäßen Zustandekommen eines Eintrages über das grundsätzlich überwiegende Allgemeininteresse am Fortbestand der einmal vollzogenen und ihrem Inhalte nach einwandfreien Eintragung zu stellen. Auch wird der HRegF in derartigen Fällen stets die Weisung seiner Aufsichtsbehörde einholen müssen⁷. Einträge, denen die sog. heilende Wirkung zukommt, können unter keinen Umständen annulliert werden⁸.

Da die sinngemäße Handhabung der Vorschriften über die Änderungen i.e.S. bei Berichtigungen i.S. von HRegV 38 II und bei Annullierungen in der Regel zu keinen besonderen Schwierigkeiten Anlaß gibt, sei im folgenden vor allem die Rede von den die überwiegende Mehrzahl aller Änderungseintragungen bildenden Änderungen i.e.S.

³ Daß der HRegF nicht nur wegen den drei in HRegV 38 I genannten Mängeln die Berichtigung eines vollzogenen Eintrages erzwingen darf, ergibt sich aus HRegV 32 I, wonach die HRegBehörden auf jeden Eintrag insoweit zurückkommen können, als dieser gegen Vorschriften verstößt, die sie von Amtes wegen (d.h. insbesondere auch im Rahmen ihrer formellen und materiellen Kognition) zu beobachten haben (siehe vorn S. 32f.).

⁴ a.M. His OR 932 N 27; seine Auffassung widerspricht aber m.E. der HRegV.

⁵ Entsch. des tessin. Justizdep. vom 20. Febr. 1939 in SAG 1938/39, 185; Stampa Nr. 21; His OR 932 N 27.

⁶ Siehe vorn S. 40 N 75.

⁷ von Steiger in SJK Karte 36 am Schluß.

⁸ OR 643; siehe auch vorn S. 20 N 11 und S. 45f.

Der Gesetzgeber bestimmt in OR 937 und HRegV 59 I: «Ist eine Tatsache im Handelsregister eingetragen, so muß auch jede Änderung dieser Tatsache eingetragen werden.» Er begnügt sich jedoch nicht mit dieser allgemeinen Formulierung. Da für ein befriedigendes Funktionieren des Handelsregisters die strikte Befolgung dieser Vorschrift unerlässlich ist, wird sie in zahlreichen Bestimmungen des OR und der HRegV, die sich mit der Veränderung eingetragener Tatsachen befassen, jeweils für den konkreten Fall wiederholt.

Es besteht also eine Pflicht zur *unverzüglichen* Änderung des Eintrags, und zwar bezüglich aller eingetragenen Tatsachen, ob diese nun an und für sich eintragungspflichtig oder bloß eintragungsfähig waren⁹. Ein *Aufschub* darf vom HRegF nicht gestattet werden, auch von den Aufsichtsbehörden grundsätzlich nicht. Nur auf begründetes Gesuch hin können letztere einen solchen bewilligen, bis sich die Verhältnisse für die Eintragungspflichtigen abgeklärt haben (Übernahme des Geschäftes bei Erbschaften, Neubestellung von Verwaltungsräten usw.), d. h. wenn die erforderliche Ersetzung der weggefallenen, aber noch eingetragenen Tatsache durch eine neue nicht umgehend erfolgen kann (HRegV 58 III)¹⁰. Sobald sich jedoch die Verhältnisse geklärt haben, die neuen Tatsachen, die an die Stelle des bisherigen Eintrages zu treten haben, gegeben sind, ist jedes Ersuchen um weitere Verschiebung der Eintragsänderung von den Registerbehörden abzulehnen¹¹.

Kommen die Anmeldungspflichtigen ihrer registerrechtlichen Pflicht zur Anpassung eines überholten Eintrages an die veränderten

⁹ His OR 937 N 9/10.

¹⁰ Verw. Ber. der Justizdir. des Kt. Bern 1945 in ZBGR 1946, 242f.

¹¹ So schützte das Bundesgericht z. B. den Standpunkt einer AG nicht, welche die Löschung der Verwaltungsräte und die Eintragung eines von der Vormundschaftsbehörde ernannten Beistandes im HReg nicht vornehmen wollte, weil dadurch der Gesellschaft Schaden erwachse, und daher verlangte, das öffentliche Interesse, dessen Schutz OR 937 sichere, sei, da das Unternehmen nicht nur das Vermögen der Aktionäre repräsentiere, sondern auch die wirtschaftliche Grundlage zahlreicher Arbeiter und ihrer Familien bilde, im vorliegenden Fall den Interessen der Gesamtheit der Beteiligten unterzuordnen. Das Gericht erklärte vielmehr, die Änderungseintragung habe stattzufinden, auch wenn daraus unangenehme Folgen resultierten. Gegen letztere könne sich das Unternehmen schützen, indem es nachteilige Änderungen durch rechtzeitige Neubestellung der geschäftsführenden Organe verhindere, nicht aber dadurch, daß es deren Eintragung zu umgehen suche (SAG 1945/46, 188).

Tatsachen nicht nach, so hat der HRegF die Eintragsänderung im Verfahren gemäß HRegV 60 (OR 941, 943)¹² zu erzwingen¹³.

Dasselbe Verfahren findet wie gesagt auch Anwendung bei Berichtigungen i. S. von HRegV 38 II; vorbehalten bleiben jedoch zwei Abweichungen:

1. Nach HRegV 22 II hat bei juristischen Personen die Verwaltung eine eintragungspflichtige Tatsache anzumelden, ebenso nach HRegV 33 I allfällige Änderungen. Die anmeldungspflichtige Verwaltung ist es auch, von welcher der HRegF gemäß HRegV 60 I in der Regel eine eventuelle Berichtigung fordern kann. Gewisse Berichtigungsfälle, z. B. wenn die Registerbehörden eine eingetragene Statutenbestimmung als rechtswidrig rügen, benötigen jedoch als unumgängliche Voraussetzungen einen Generalversammlungsbeschluß. Die Anmeldung einer noch nicht beschlossenen Statutenänderung kann man aber von der Verwaltung nicht verlangen; erst nach einem entsprechenden Beschluß der Generalversammlung wird die Verwaltung anmeldungspflichtig. Sie ist freilich verpflichtet, nötigenfalls eine Generalversammlung einzuberufen, dagegen fehlen ihr die Befugnisse, die Statutenbereinigung auch durchzusetzen, so daß sie nicht persönlich verantwortlich gemacht werden kann, wenn die

¹² Ausnahmen von HRegV 60:

a) Die amtlichen Löschungen nach HRegV 68, 77 II (siehe hinten S. 114), 89 (siehe hinten S. 99), 90 lit. h, 96 lit. c, 100, 106 und 109.

b) Die gemäß OR 711 und HRegV 86, Art. 14 Schl. und ÜbgBest. zum OR und HRegV 122 IV, (siehe hinten S. 94 und S. 125 N 5),

OR 813 und HRegV 90 lit. g,

OR 895 und HRegV 96 lit. a

als reine Sanktion vom HRegF von Amtes wegen zu erklärende und einzutragende Auflösung einer AG, GmbH oder Genossenschaft. Eine auf Grund dieser Vorschriften vorgenommene Eintragsänderung stellt also weder eine Änderung i. e. S. noch eine Berichtigung oder Annullierung dar.

c) Die in HRegV vorgesehene Sanktion für den Fall, daß die Gesellschafter einer GmbH es versäumen, die Gesellschafterliste gemäß OR 790 II dem Handelsregister einzureichen.

¹³ Kommt es dabei zur Änderung oder Löschung von Amtes wegen auf Grund eines Entscheides der Aufsichtsbehörde, so hat dieser an Stelle der Anmeldung dem HRegF als Beleg zu dienen. Wenn infolge einer Beschwerde gemäß HRegV 5 das Bundesgericht die Verfügung der Aufsichtsbehörde bestätigt, so ist auch das Dispositiv des bundesgerichtlichen Urteils als Beleg zu den Akten zu nehmen (Jaquerod/von Steiger Nr. 36 und 140).

Generalversammlung den Beschluß unterläßt. Die Registerbehörde muß daher das Verfahren gegen die Gesellschaft einleiten, d.h. sie hat die Bereinigung der Statuten von der AG als solcher, nicht von der Verwaltung zu verlangen; auch eine allfällige Ordnungsbuße ist der ersteren aufzuerlegen¹⁴.

2. Die Ordnungsbuße ist in derart gelagerten Fällen das einzige Druckmittel, das dem HRegF zur Verfügung steht. Eine Änderung oder Löschung des Eintrags von Amtes wegen kann nicht zur Anwendung gelangen, wenn «an Stelle des unzulässigen Eintragungsinhaltes etwas anderes Positives gesetzt werden muß, das Beschlußfassungen und Handlungen der Gesellschaft voraussetzt.»¹⁵

Die Anmeldungen von Änderungen sind vom HRegF natürlich gleich eingehend auf ihre formelle Gültigkeit zu prüfen wie die Neueintragungen. Aus HRegV 33 I, wonach Änderungen und Löschungen wie neue Eintragungen zu behandeln sind, ergibt sich, daß im Zweifel stets die gleichen formellen Gültigkeitsvoraussetzungen bestehen wie bei den Neueintragungen¹⁶.

Zuständig zur Anmeldung von Änderungen ist wiederum die Verwaltung, sofern die HRegV nichts abweichendes bestimmt; auch die Form der Anmeldung ist grundsätzlich die gleiche. Die Anmeldenden haben sich bei der mündlichen Anmeldung jedoch nur noch über ihre Identität auszuweisen bzw. im schriftlichen Verfahren ihre Unterschrift beglaubigen zu lassen, wenn sie nicht schon früher für die nämliche Firma unterzeichnet haben, es sei denn, der HRegF habe Grund zu Zweifeln (HRegV 23 II).

Welches im übrigen die formellen Voraussetzungen für die bei der AG in Frage kommenden Änderungen sind, soll auf den nachstehenden Seiten aufzuzeigen versucht werden.

II. Änderungen geringfügiger Natur

Hier braucht die Anmeldung nicht durch die Verwaltung zu erfolgen. «Die Änderung des Geschäftslokals¹⁷ (der Adresse) bei gleichbleibendem Sitz kann durch einen im Handelsregister einge-

¹⁴ Nicht publ. Urt. des BGer. vom 7. Dez. 1948 in NZZ Nr. 413 vom 27. Febr. 1949.

¹⁵ Siegwart OR 643 N 25; siehe auch vorn S. 45 f.

¹⁶ His OR 937 N 22.

¹⁷ bzw. des Domizils (HRegV 43).

tragenen Unterschriftsberechtigten der Firma und die Änderung der Angaben über Namen, Heimatort (Staatsangehörigkeit) oder Wohnort einer im Handelsregister eingetragenen Person durch letztere selbst angemeldet werden.» (HRegV 25). Die Richtigkeit der neuen Personalien ist dem HRegF durch Vorlage einer geeigneten Legitimation oder durch notarielle Beglaubigung nachzuweisen.

III. Änderungen in der Verwaltung und Vertretung

Jede Änderung in der Zusammensetzung der Verwaltung und jede Änderung der eingetragenen Vertretungsbefugnisse von Verwaltungsräten und anderen Zeichnungsberechtigten ist einzutragen. So ist das Erlöschen einer Prokura einzutragen, auch wenn bei der Erteilung seinerzeit eine Eintragung nicht stattgefunden hat (OR 461). Die Anmeldung hat immer durch die Verwaltung zu erfolgen. Neugewählte Personen haben bei der Anmeldung nur mitzuwirken, wenn sie zeichnungsberechtigt sind oder zum Präsidenten oder Sekretär der Verwaltung ernannt worden sind.

Ein beglaubigter Auszug aus dem Protokoll des zuständigen Gesellschaftsorgans (Verwaltungsrat oder Generalversammlung) ist nur beizulegen bei Neubestellung der Verwaltung und Ernennung neuer Vertretungsberechtigter bzw. deren Abberufung oder wenn die Änderung oder Löschung einer Unterschrift beschlossen worden ist¹⁸. Da es zur Löschung infolge Demission oder Tod einer eingetragenen Person keines Beschlusses der Verwaltung oder der Generalversammlung bedarf, genügt die bloße Anmeldung durch das Bureau der Verwaltung unter Angabe des Grundes¹⁹.

Wenn von zwei Verwaltungsräten der eine zurücktritt, so ist der Verbleibende zur Anmeldung verpflichtet, auch wenn der Ausscheidende seinen Rücktritt zur Unzeit erklärt hat. Denn nach Ansicht der handelsregisterlichen Praxis stellt die Demission eine einseitige, empfangsbedürftige, an die AG (repräsentiert durch Verwaltung und Generalversammlung) gerichtete Willenserklärung dar und kann daher jederzeit erfolgen²⁰. Aus demselben Grund kann auch

¹⁸ Vorbehalten bleibt HRegV 28 IV; siehe im übrigen vorn S. 69f.

¹⁹ Werden Prokuristen oder andere Bevollmächtigte gelöscht, die nicht Mitglieder von Organen der AG sind, so ist der Lösungsgrund nicht zu erwähnen (HRegV 33 II).

²⁰ a. M. BGE 48 II 403.

das einzige Mitglied des Verwaltungsrates nicht dem HRegF seinen Rücktritt erklären und Löschung seiner Charge als Verwaltungsrat im Handelsregister verlangen; es hat diese Erklärung der Generalversammlung abzugeben. Aber auch wenn es sein Mandat in der Generalversammlung niedergelegt hat, darf es diese Tatsache nicht selber anmelden. Es hat, wie übrigens alle ausscheidenden Personen, nicht selber bei seiner Löschung im Handelsregister mitzuwirken, da sämtliche Anmeldungen von der rechtmäßigen Vertretung der Gesellschaft unterschrieben sein müssen. Es ist somit regelmäßig zuerst ein neuer Verwaltungsrat zu bestellen²¹. Ist dies nicht mehr möglich, so hat in Anwendung von ZGB 393 Ziffer 4 die zuständige Vormundschaftsbehörde der Gesellschaft einen Beistand zu ernennen. Die Löschung des ausgeschiedenen Verwaltungsrates erfolgt in diesem Falle durch den sich gleichzeitig anmeldenden und seine Unterschrift deponierenden Beistand. Als Beleg dient die Verfügung der Vormundschaftsbehörde betreffend die Bestellung der Beistandschaft²².

IV. Statutenänderungen

A. Allgemeines

Beim Handelsregister anzumelden sind alle Statutenänderungen, handle es sich nun um inhaltliche Änderungen oder um solche, die nur die Fassung (Redaktion) betreffen (OR 647 II). Nur in einem Fall ist die Verwaltung von dieser registerrechtlichen Pflicht entbunden: Es ist unnötig, eine Statutenrevision, die bereits vor der Eintragung, d. h. bevor sie auch Dritten gegenüber wirksam werden konnte, wieder rückgängig gemacht worden ist, noch nachträglich einzutragen²³.

Ist die Statutenänderung durch die Generalversammlung vorge-

²¹ Burckhardt III Nr. 1523 II;

Auskunft des Eidg. HRegAmtes vom 14. Dez. 1929 in Verw. Entsch. Heft 3 Nr. 50, ZBJV 1930, 284, SAG 1929/30, 139f.;

Feststellung des st. gallischen HRegF lt. Amtsber. des Kt. Ger. 1938 in ZBGR 1939, 212;

von Steiger Prüfung 59, AG 217 f.;

His OR 932 N 49.

²² Jaquerod/von Steiger Nr. 217.

²³ Burckhardt III Nr. 1525 I.

nommen worden, so ist der Anmeldung die öffentliche Urkunde²⁴ über den Änderungsbeschluß der Generalversammlung beizulegen. Handelt es sich um eine durch den Verwaltungsrat beschlossene redaktionelle Neufassung – die Praxis gestattet ihm dies²⁵ –, so genügt ein entsprechender beglaubigter Auszug aus dem Protokoll über den Verwaltungsratsbeschluß (OR 647 I, HRegV 28 II)²⁶. Zudem wird von den Handelsregisterbehörden verlangt, daß in sämtlichen Fällen jeweils ein vollständiges, alle Änderungen enthaltendes Statutenexemplar einzureichen ist, das, sofern es nicht Bestandteil der öffentlichen Urkunde ist, beglaubigt sein muß²⁷.

Diese Forderung erscheint mir berechtigt, erleichtert sie doch einerseits die Einsichtnahme in das Register wesentlich und erlaubt andererseits eine kurz gefaßte notarielle Beurkundung der Änderungsbeschlüsse. Für gewisse Sonderfälle, von denen in den folgenden Abschnitten die Rede sein wird, sind noch weitere Belege vorgeschrieben. An dieser Stelle sei lediglich darauf verwiesen, daß Gesellschaften bestimmter Branchen, die auf Grund des öffentlichen Rechts des Bundes verpflichtet sind, ihre Statuten und deren Änderungen behördlicherseits genehmigen zu lassen, dem HRegF auch diese Zustimmungserklärungen einzureichen haben²⁸. Die Geneh-

²⁴ Die an die Form der Urkunde gestellten Anforderungen sind grundsätzlich die gleichen wie bei der öffentlichen Urkunde über die Gründung (siehe vorn S. 53 ff.).

²⁵ von Steiger Prüfung 63, AG 124, 194, 270.

²⁶ Z. B.: Für die Eintragung der fremdsprachigen Fassung der Firma wurde eine vorgängige Statutenrevision nicht als nötig erachtet, vielmehr ein Beschluß der Verwaltung der AG für genügend angesehen (Verw. Ber. des Justizdep. des Kt. Basel-Stadt 1944, 23 lit. c, ZBGR 1946, 326).

²⁷ Bericht des Oberger. des Kt. Solothurn 1941 in ZBGR 1943, 165 f.; Verw. Ber. des Justizdep. des Kt. Basel-Stadt 1945, 26 lit. h, ZBGR 1948, 157; vgl. auch die Eintragsmuster für Statutenänderungen bei Jaquerod/von Steiger. – Der gegenteilige Standpunkt, daß die Annahme der Anmeldung nicht von der Vorlegung der gesamten Statuten abhängig gemacht werden dürfe, falls die bisherigen nur partiell revidiert worden sind, wird vertreten von Burckhardt III 1515 III, His OR 937 N 25, Schucany OR 647 N 5 und Siegwart OR 647 N 10.

²⁸ Vgl. z. B. Art. 7 des BG über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vom 23. Dez. 1872;

Art. 2 II des Pfandbriefgesetzes vom 25. Juni 1930;

Art. 3 III des BG über die Banken und Sparkassen vom 8. Nov. 1934;

Art. 4 und 41 der VO über die Kreditkassen mit Wartezeit vom 5. Febr. 1935; siehe auch vorn S. 34 f.

migungen sind zwar nicht immer unerläßliche Eintragungsvoraussetzungen, doch empfiehlt es sich aus praktischen Gründen, bis zu ihrer Erteilung zuzuwarten²⁹.

Da die Wirksamkeit der Statutenänderungen nach innen, unter den Aktionären sofort mit der Beschlußfassung eintritt³⁰, ist das vielfach geübte Vorgehen, gleichzeitig mit der Statutenänderung auch darauf basierende, eintragungsbedürftige Ausführungsbeschlüsse, Wahlen und andere Maßnahmen anzumelden, zulässig.

B. Veränderungen des Grundkapitals

1. Erhöhung des Grundkapitals

Die registerrechtliche Anmeldungspflicht besteht erst, nachdem die Kapitalerhöhung nach innen abgeschlossen ist (OR 653)³¹. Den Abschluß bildet entweder der die Zeichnung und die erforderliche Liberierung der Aktien feststellende Generalversammlungsbeschluß, der Statutenänderungsbeschluß oder die Beschlußfassung gemäß OR 636, je nach der Art, in der bei der Erhöhung formell vorgegangen worden ist. Daß verschieden vorgegangen wird, ist bedingt durch den etwas vagen Art. 650 I OR, wonach eine AG – sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt – neue Aktien nur unter Beobachtung der für die Gründung der Gesellschaft geltenden Vorschriften ausgeben kann. So werden bezüglich des vom OR in Art. 653 I visierten (Normal-) Verfahrens mit zwei Generalversammlungen u. a. folgende Ansichten vertreten:

*Von Steiger*³²: Die erste Generalversammlung faßt den Erhöhungsbeschluß³³; die zweite, in der auch die neuen Aktionäre stimmen,

²⁹ von Steiger Prüfung 47f.

³⁰ Burckhardt III Nr. 1520; Schreiben des Eidg. HRegAmtes vom 14. Dez. 1932 in SAG 1934/35, 46; BGE 60 I 385; von Steiger Prüfung 62f., AG 276 und SAG 1943/44, 96; Siegwart OR 647 N 12 und OR 650 N 40; Schucany OR 647 N 6.

³¹ Ebenso: Siegwart OR 653 N 2 und Guhl 451; a. M.: von Steiger SAG 1937/38, 154f., Prüfung 65, AG 277 und Schucany OR 653 N 1.

³² von Steiger in SAG 1937/38, 154f. und 1943/44, 96, Prüfung 65f., AG 277f.; ebenso, noch unter dem alten OR, das Eidg. HRegAmt in seiner Auskunft vom 20. Jan. 1931 (Verw. Entsch. Heft 5 Nr. 75, SAG 1932/33, 104).

³³ «Der Erhöhungsbeschluß muß den Erhöhungsbetrag enthalten – die Bestimmung eines Maximums der Erhöhung kann genügen, wenn in der zwei-

konstatiert die Durchführung und revidiert die Statuten, hinzu kommt eventuell noch die besondere Beschlußfassung gemäß OR 636.

*Siegwart*³⁴: Die erste Generalversammlung faßt den Erhöhungsbeschluß, der gleichzeitig die Voraussetzungen einer Statutenänderung erfüllt. Wenn Sacheinlagen oder Sachübernahmen vorgesehen sind oder den Übernehmern der Aktien besondere Vorteile zugesichert werden sollen, so sind die Bestimmungen der Art. 628 und 636 OR zu beachten. In der zweiten Generalversammlung, an der auch die neuen Aktionäre teilnehmen, erfolgt der Feststellungsbeschluß. Einer besonderen Mehrheit bedarf der Feststellungsbeschluß auch bei Vorhandensein von Sacheinlagen nicht.

*Schucany*³⁵: Der in der ersten Generalversammlung gefaßte Erhöhungsbeschluß ist ein Statutenänderungsbeschluß und kann auch bei allfälligen Sacheinlagen etc. mit einfacher Mehrheit der vertretenen Stimmen gefaßt werden. Die zweite Generalversammlung stellt die stattgehabten Zeichnungen und Einzahlungen der neuen Aktien bzw. deren Deckung durch Sacheinlagen fest, ferner erfolgt in ihr auch die besondere Beschlußfassung gemäß OR 636.

Unbestritten ist, daß die Kapitalerhöhung in einer einzigen Generalversammlung durchgeführt werden kann, «wenn die Anordnungen, die normalerweise zwischen die beiden Beschlüsse sich einschieben, bedingterweise schon dem Erhöhungsbeschluß vorausgehend getroffen werden.»³⁶ Nur wenn die neuen Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten werden, sind zwei Generalversammlungen unerlässlich, es sei denn, die Funktionen der ersten Generalversammlung werden erfüllt durch eine in den ursprünglichen oder nachträglich revidierten Statuten enthaltene Bestimmung, in der «die Erhöhung des Kapitals auf einen bestimmten Betrag vorgesehen und dem Verwaltungsrat die Befugnis erteilt wird, in einem Mal oder auch sukzessiv die Erhöhung durchzuführen (sog. autorisiertes Kapital).»³⁷

ten Versammlung anlässlich der Konstatierung der Durchführung das neue Grundkapital fixiert wird –, ferner den Nennwert der neuen Aktien bestimmen, eventuell auch den Ausgabekurs (eventuell über, aber nicht unter pari, Art. 624 OR). Doch kann dies auch dem Verwaltungsrat überlassen werden, der meist die Emissionsbedingungen festsetzt.» (Von Steiger AG 280).

³⁴ Siegwart OR 650 N 25, 31, 40 und 41; ebenso Guhl 451.

³⁵ Schucany OR 650 N 2 und 6, OR 653 N 3 und SAG 1942/43, 220 ff.

³⁶ Siegwart OR 650 N 40; ebenso von Steiger, Guhl und Schucany a. a. O.

³⁷ Von Steiger in SAG 1937/38, 154 f., Prüfung 65 f., AG 278; ebenso Siegwart OR 650 N 26/30; a. M. Schucany in SAG 1942/43, 220 ff.

In diesen Fällen ist nur eine Generalversammlung notwendig, sie faßt den Feststellungsbeschluß, setzt auf dem Wege der Statutenänderung den neuen Betrag des Grundkapitals fest und beschließt, sofern eine qualifizierte Kapitalerhöhung vorliegt, in der gesonderten Abstimmung gemäß OR 636 die nach OR 628 erforderlichen Statutenbestimmungen.

Dieses verschiedene Vorgehen spiegelt sich auch in Zahl und Inhalt der bei der Kapitalerhöhung zu errichtenden und der Anmeldung beim Handelsregister beizulegenden öffentlichen Urkunden wider. Der öffentlichen Beurkundung bedürfen einerseits die Feststellungsbeschlüsse (OR 635 II, 637) und anderseits die statutenändernden Beschlüsse (OR 635 II, 636, 637, 647).

Werden die zwei Generalversammlungen in der von Siegwart, Guhl und Schucany vorgeschlagenen Art abgehalten, so ist über jede eine öffentliche Urkunde mit dem entsprechenden Inhalt abzufassen. Wird dagegen nach von Steiger vorgegangen, so wäre nur die zweite Generalversammlung zu beurkunden. Als Beilage über den Erhöhungsbeschluß der ersten Generalversammlung, dessen Funktion mit jener des Statutenentwurfs bei der Sukzessivgründung vergleichbar ist, dürfte m.E. ein beglaubigter Auszug aus dem Versammlungsprotokoll genügen (OR 640 III Ziff. 3, HRegV 28 II)³⁸. Ähnlich liegen die Fälle mit autorisiertem Kapital. An Stelle des Beleges über die erste Generalversammlung tritt die Statutenbestimmung, welche die Erhöhung des Kapitals auf einen bestimmten Betrag vorsieht und den Verwaltungsrat mit deren Durchführung beauftragt, eventuell ergänzt durch einen beglaubigten Auszug aus dem Protokoll der Verwaltung, welcher die Beschlüsse enthält, die den Zeitpunkt und die Art und Weise der Durchführung näher bestimmen. Wird die Kapitalerhöhung in eine einzige Generalversammlung zusammengelegt, so kann sie auch in einem einzigen Akt beurkundet werden.

Der Inhalt der öffentlichen Urkunde variiert aber auch entsprechend der Art, in der die Kapitalerhöhung materiell durchgeführt

³⁸ a. M. (und mit sich selber im Widerspruch) von Steiger, der einerseits verlangt, beide (?) Generalversammlungen seien notariell zu beurkunden (SAG 1937/38, 154f., Prüfung 65, AG 277; vgl. auch Jaquero/von Steiger Nr. 201 N 2), anderseits jedoch es als genügend erachtet, wenn nur die öffentliche Urkunde über die zweite Generalversammlung als Anmeldebeleg dem HReg. eingereicht wird (Prüfung 70 lit. c).

wird. Je nachdem, ob die Liberierung in bar unter Hinterlegung des Betrages bei der kantonalen Depositenstelle, qualifiziert oder durch Verrechnung erfolgt, haben die öffentlichen Urkunden auf Grund der Verweisung in OR 650 I jene Angaben zu enthalten, die bei einer Sukzessivgründung mit entsprechender Liberierung erforderlich wären³⁹. Erhöht eine AG ihr Grundkapital ganz⁴⁰ oder teilweise durch Umwandlung von offenen oder stillen⁴¹, zur Verfügung der Generalversammlung stehenden Reserven oder unverteilter Gewinnbeträgen in Aktienkapital⁴², so findet HRegV 80 Anwendung; der Nachweis über das Vorhandensein der Reserven und Gewinne ist – wie bei andern Verrechnungen⁴³ – der feststellenden Generalversammlung mittels Bescheinigung einer Urkundsperson oder beglaubigten Auszug aus den Geschäftsbüchern zu erbringen⁴⁴.

Wird statt der Ausgabe neuer Aktien (OR 650 I) die Kapitalerhö-

³⁹ Siehe vorn S. 58/60 (Ziff. 1–4).

⁴⁰ In diesem Fall sind Zeichnungsscheine vom Standpunkt des HRegF aus entbehrlich und damit auch die Beachtung von HRegV 79 lit. a; erfolgt die Liberierung nur teilweise durch Umwandlung von Reserven in Aktienkapital, so «müssen jedenfalls die von den Aktionären zu entrichtenden Beträge durch Zeichnungsscheine gedeckt sein, auch wenn eine sofortige Leistung nicht verlangt wird» (von Steiger AG 275), es sei denn die Liberierung dieser Beträge erfolge durch Sacheinlagen. Vgl. auch Siegwart OR 650 N 6/10.

⁴¹ Auch stille Reserven können zur Liberierung von neuem Aktienkapital herangezogen werden, doch nur dann, wenn sie aufgelöst werden, d. h. sie müssen in der Bilanz der Gesellschaft aktiviert werden durch eine entsprechende Höherbewertung von Aktiven einerseits und durch Schaffung einer (offenen) Spezialreserve in den Passiven anderseits. Das Vorhandensein dieser Spezialreserve wird dann durch einen beglaubigten Buchauszug nachgewiesen und es kann auf dem Wege der Kompensation (HRegV 80) das neue Aktienkapital liberiert werden. Es gibt eben nur drei Methoden um Aktienkapital zu liberieren: in bar, durch Sachwerte oder durch Verrechnung. Die letztere Möglichkeit setzt voraus, daß in der Bilanz ein Passivposten vorhanden ist, mit dem verrechnet werden kann. (Schreiben des Eidg. HRegAmtes vom 29. Dez. 1941; Verw. Entsch. Heft 16 Nr. 59, ZBGR 1951, 113f.). Vgl. auch Alfred Wieland: «Zur Kapitalerhöhung mit und ohne Vermehrung des Gesellschaftsvermögens.» (SJZ 1953, 157ff. und 169ff.).

⁴² Über die Zulässigkeit dieser Liberierungsart vgl. von Steiger Prüfung 69f., AG 275, Siegwart OR 650 N 3ff. und dortige Zitate.

⁴³ Siehe vorn S. 60 lit. cc.

⁴⁴ Jaquerod/von Steiger Anm. zu Eintragsmuster Nr. 203; dem HReg jedoch ist die notarielle Bescheinigung (bzw. der beglaubigte Buchauszug) nicht einzureichen, gleich den Zeichnungsscheinen deren Platz sie einnimmt (siehe vorn S. 59 lit. bb; a. M. von Steiger Prüfung 70 lit. f.).

hung vollzogen durch Erhöhung des Nennwertes der bestehenden Aktien⁴⁵ oder durch Umtausch von voll (oder teilweise) liberierten Aktien in mehrere nur teilweise liberierte⁴⁶, so ist es zulässig, lediglich eine Erhöhung des Grundkapitals vorzunehmen, den Liberierungsbetrag jedoch auf seiner bisherigen Höhe zu belassen, sofern er noch mehr als 20 % des neuen Aktienkapitals ausmacht⁴⁷. In einem solchen Fall wird auch der Inhalt der öffentlichen Urkunde über den Feststellungsbeschluß (OR 635 II, 637) auf ein entsprechendes Minimum beschränkt: In der Urkunde sind, abgesehen von der Verurkundung des Generalversammlungsbeschlusses, nur die Zeichnungsscheine (diese bilden die einzigen Belege i. S. von OR 635 I) gemäß OR 639 und HRegV 79 lit. a und b (in fine) aufzuführen, verbunden mit der Erklärung der Urkundsperson, daß sie ihr und der Generalversammlung vorgelegen haben.

Als Anmeldungsbelege sind des weitern erforderlich:

- a) In allen Fällen ein beglaubigtes Exemplar der neuen Statuten⁴⁸.
- b) Bei allen qualifizierten Kapitalerhöhungen der dem Gründerbericht analoge besondere Bericht der Verwaltung (OR 650 II, 630, 637 II, 640 III Ziff. 3)⁴⁹. Seine Unterzeichnung durch das Bureau der Verwaltung dürfte genügen.
- c) Falls die neuen Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten werden, der Prospekt gemäß OR 651 (OR 640 III Ziff. 3)⁵⁰. Er ist im Namen der Verwaltung durch eine oder mehrere vertretungsberechtigte Personen (also nicht unbedingt durch einen Verwaltungsrat⁵¹) zu unterzeichnen, je nach der Art der Zeichnungsberechtigung (OR 651 I).

Hinsichtlich der handelsregisterlichen Prüfung der zwei letzteren Belege sei im übrigen auf die Ausführungen zum Gründerbericht und Gründerprospekt verwiesen⁵².

⁴⁵ BGE 67 I 111.

⁴⁶ Stampa Nr. 112.

⁴⁷ Siehe auch Siegwart OR 650 N 23 und von Steiger AG 275.

⁴⁸ Siehe vorn S. 80 bei N 27.

⁴⁹ von Steiger Prüfung 68, AG 280.

⁵⁰ oder ein Zeichnungsschein gemäß OR 651 III.

⁵¹ Ebenso Schucany OR 651 N 2; a. M. Siegwart OR 651 N 1.

⁵² Siehe vorn S. 68 f.

2. Weitere Einzahlungen auf das Grundkapital

Nach OR 641 Ziff. 4 ist die Höhe des auf das Grundkapital einbezählten Betrages im Handelsregister einzutragen und zu publizieren. Deshalb sind auch weitere Einzahlungen auf das nicht voll liberierte und selber unverändert bleibende Grundkapital von der Verwaltung zur Eintragung anzumelden (HRegV 83 I).

Der Anmeldung ist ein beglaubigter Auszug aus den Geschäftsbüchern der Gesellschaft oder die Bescheinigung einer Urkundsperson über die erfolgte Liberierung beizufügen (HRegV 83 II). Es kommen somit – im Unterschied zu Neueinzahlungen, die gleichzeitig und in Verbindung mit einer Kapitalerhöhung erfolgen, – hier die Hinterlegung bei der kantonalen Depositenstelle, die Beachtung der Sondervorschriften über Sacheinlagen⁵³ und die Liberierung durch Verrechnung, sowie der notariell zu verurkundende Feststellungsbeschluß der Generalversammlung in Wegfall. Auch steht die Einberufung weiterer Einzahlungen auf das Grundkapital nicht mit einer Statutenrevision im Zusammenhang. Denn es ist weder üblich noch empfehlenswert, den auf das Grundkapital einbezählten Betrag statutarisch festzuhalten bzw. in den Statuten oder in der Eintragung den Grad der Liberierung der einzelnen Aktien zu erwähnen, es sei denn, daß es sich um Apportaktien handelt⁵⁴.

3. Herabsetzung des Grundkapitals

Jede Kapitalherabsetzung⁵⁵ ist im Handelsregister zur Eintragung anzumelden unter Beilage einer öffentlichen Urkunde, in welcher festgestellt wird, daß die Vorschriften der Art. 732 ff. OR erfüllt sind (OR 734, HRegV 84).

Wird der Betrag, um welchen das Grundkapital herabzusetzen ist,

⁵³ Nicht publ. Urt. des BGer. vom 10. Mai 1932 in SAG 1931/32, 157f.

⁵⁴ Kreisschr. 1937 Ziff. 24a; Jaquered/von Steiger Nr. 205/206; siehe auch vorn S. 52 f.

⁵⁵ Aktienkapital ist nur das lt. Eintragung und Publikation effektiv in Aussicht genommene Grundkapital. Einer nur für die Zukunft in Aussicht genommenen Kapitalerhöhung (sog. autorisiertes Aktienkapital) kommt keine wesentliche Bedeutung zu. Aktienkapital, das nicht ausgegeben worden ist, weil die in Aussicht genommene Erhöhung nicht durchgeführt wurde, hat rechtlich nicht den Charakter von Grundkapital und kann daher auch nicht herabgesetzt werden (Ansichtsausschreibung des Eidg. HRegAmtes vom Frühjahr 1942 in Verw. Entsch. Heft 16 Nr. 61 und ZBGR 1951, 41 f.).

gleichzeitig wenigstens bis auf die bisherige Höhe durch neues, voll einbezahltes Kapital ersetzt, so ist weder ein besonderer Revisionsbericht i. S. von OR 732 II einzuholen, noch eine Aufforderung an die Gläubiger i. S. von OR 733 mit anschließender Befriedigung oder Sicherstellung der angemeldeten Gläubiger (OR 734) erforderlich⁵⁶. Gegenstand der öffentlichen Beurkundung gemäß OR 734 ist somit nur der die Kapitalherabsetzung und die Art und Weise ihrer Durchführung⁵⁷ festlegende Generalversammlungsbeschluß (OR 732 III). Der weitere Inhalt der Urkunde und die eventuelle Notwendigkeit, zusätzliche Belege einzureichen, sind bedingt durch Art und Inhalt der Beschlüsse bezüglich der Wiedererhöhung und Feststellung der erneuten Volliberierung des Kapitals sowie über allfällige Statutenänderungen⁵⁸ (OR 635/637, 639, 647, 650 ff.).

Wird das herabgesetzte Grundkapital nicht bis zur bisherigen Höhe durch neues, voll einbezahltes Kapital ersetzt, so hat die öffentliche Urkunde zu enthalten, den Generalversammlungsbeschluß über die Kapitalherabsetzung⁵⁹ und die in der Regel damit verbundene Statutenänderung⁶⁰, sowie die Feststellung, daß die

⁵⁶ OR 732 I; Verw. Ber. des RegR Basel-Stadt 1941, 25; ZBGR 1941, 88 f.; von Steiger AG 285.

⁵⁷ D. h. ob es sich um eine Kapitalherabsetzung zum Zwecke der Beseitigung einer Unterbilanz handelt oder um eine Reduktion anderer Art, namentlich durch Rückzahlung, zu Lasten welcher Aktivposten sie geschieht und ob sie erfolgt durch Annullierung einzelner Aktien, Herabsetzung des Nennwerts aller oder einzelner Aktien oder einzelner Aktienkategorien, mit oder ohne Zusammenlegung von Aktien usw. (Vgl. Schucany OR 732 N 5; von Steiger AG 292).

⁵⁸ Statutenänderungen sind nur nötig, wenn das neue Grundkapital und seine Zerlegung in Aktien nicht mehr den bisherigen Statuten entspricht (OR 732 I, Kreisschr. 1937 Ziff. 24 lit. b. Abs. 1).

⁵⁹ Das Eidg. HRegAmt läßt es lt. von Steiger AG 294 auch zu, daß eine Kapitalherabsetzung von der Generalversammlung bedingt beschlossen wird, verlangt aber als weitere Voraussetzung der Eintragung der Kapitalherabsetzung in solchen Fällen einen geeigneten Nachweis darüber, daß die von der Generalversammlung gestellte Bedingung erfüllt sei. So forderte es in einem Falle, in dem der Verwaltungsrat von der Generalversammlung zur Rückzahlung des Prioritätsaktienkapitals ermächtigt wurde, unter der Bedingung daß die Gesellschaft über genügende liquide Mittel verfüge, daß die erforderliche Liquidität durch einen weiteren Revisionsbericht dem HReg nachgewiesen werde.

⁶⁰ Eine Statutenänderung ist unnötig, wenn das Kapital gleichzeitig, jedoch ohne es voll einzubezahlen, wieder auf seine bisherige Höhe gebracht wird und die Zahl, der Nominalwert und die Art der Aktien unverändert bleiben, es sei

Vorschriften von OR 732 erfüllt worden sind, so namentlich, daß die Beschlußfassung auf Grund des besonderen Revisionsberichtes erfolgte und die Revisionsstelle an der den Beschluß fassenden Generalversammlung vertreten war⁶¹. Ferner ist anhangsweise oder in einer zweiten Urkunde notariell zu bescheinigen, daß der Kapitalherabsetzungsbeschluß formgerecht veröffentlicht worden ist, die in der Publikation den Gläubigern für die Anmeldung ihrer Forderungen gesetzte Frist abgelaufen ist und daß die angemeldeten Gläubiger befriedigt oder sichergestellt worden sind (OR 733, 734, HRegV 84 II)⁶². Es handelt sich dabei nicht um die Beurkundung von Versammlungsbeschlüssen – es findet keine Generalversammlung statt – sondern um eine notarielle Feststellung auf Verlangen der Verwaltung und auf Grundlage der von ihr produzierten Belege⁶³. Die Urkundsperson hat sich mit den von der Verwaltung (schriftlich) abgegebenen Erklärungen zu begnügen; zur Prüfung der Frage, ob die Sicherstellung materiell genügend ist, ist weder der Notar noch der HRegF zuständig^{64 65}.

denn, der Grad der Liberierung sei in den Statuten genannt (siehe vorstehend N 58).

⁶¹ War die Revisionsstelle an der Generalversammlung nicht vertreten, so dürfte der HRegF einzig deswegen die Eintragung der Kapitalherabsetzung kaum verweigern (von Steiger AG 292).

⁶² Diese Vorschriften müssen auch dann beobachtet werden, wenn in der Bilanz der AG keine Gläubiger aufgeführt werden (Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1939 Nr. 10 Ziff. 3). Vom Gläubigeraufruf gemäß OR 733, der absolut zwingenden Rechts ist, kann weder auf Grund eines Revisionsberichtes nach OR 732 II noch unter Berufung auf HRegV 31 dispensiert werden (Entsch. der st. gallischen Aufsichtsbeh. über das HReg vom 4. Dez. 1944 in ZBGR 1948, 258 ff., SJZ 1945, 373 und Entscheidungen des Kt.Ger. 1944, 26; vgl. auch von Steiger in SAG 1944/45, 208 ff. und AG 294).

⁶³ ZBGR 1942, 281 f.; von Steiger AG 295.

⁶⁴ SAG 1937/38, 112 ff. und 192 ff. (vor allem S. 198/199); die hier geäußerte Ansicht, daß die HRegBehörden auch nicht zu prüfen hätten, ob die – u. a. auch im SHAB zu publizierende – dreimalige Aufforderung an die Gläubiger ergangen sei, geht dagegen m. E. zu weit.

⁶⁵ In diesem Zusammenhang sei auch erwähnt, daß die handelsregisterliche Praxis es bisher abgelehnt hat, in analoger Anwendung von HRegV 32 II – d. h. auf Grund eines Gesuches der AG – einem Gläubiger, der die angebotene Sicherstellung bemängelt und dadurch die Beurkundung gemäß OR 734 verhindert, eine Frist anzusetzen zur Erwirkung einer vorsorglichen Verfügung des Richters, mit der Androhung, daß, wenn innert nützlicher Frist der Richter die Eintragung nicht untersage, diese vollzogen werde (SAG 1937/38, 113,

Diese notarielle Bescheinigung kann unterbleiben, wenn die Hersetzung des Grundkapitals zur Beseitigung einer durch Verluste⁶⁶ entstandene Unterbilanz in einem diese letztere nicht übersteigenden Betrage erfolgt (OR 735, HRegV 84 III). Sobald mehr abgeschrieben wird, als der zu beseitigende Passivenüberschuß⁶⁷ ausmacht, kann die Kapitalherabsetzung jedoch nur noch eingetragen werden, nachdem die in OR 733 und 734 vorgeschriebenen Formalitäten erfüllt sind⁶⁸.

Mit den öffentlichen Urkunden (und dem beglaubigten Exemplar der Statuten) ist dem Handelsregister auch der besondere Revisionsbericht⁶⁹ einzureichen (OR 734, HRegV 84 I). Ist er umfangreich, so genügt ein von der Revisionsstelle ausgefertigter oder beglaubigter Auszug, welcher den vom Gesetz (OR 732 II) verlangten Aufschluß gibt⁷⁰. Insbesondere hat er auch die Bilanz zu enthalten, die dem

Schucany OR 734 N 3 lit. b; vgl. im übrigen zu dieser Frage SAG 1945/46, 73ff. und von Steiger AG 296f. und dortige Zitate).

⁶⁶ Ob die Unterbilanz durch Verluste entstanden ist, «wird der Handelsregisterführer allerdings regelmäßig nicht nachprüfen können.» (Von Steiger AG 290).

⁶⁷ Der Passivenüberschuß hat sich aus der Bilanz zu ergeben. Aber die Bilanz muß nicht notwendigerweise die ordentliche Jahresbilanz sein; die HReg-Behörden akzeptieren auch eine zu diesem besondern Zweck aufgestellte Zwischenbilanz (Kreisschr. 1940 Ziff. 8 lit. a).

⁶⁸ Verw.Ber. des RegR Basel-Stadt 1938, 27f.; von Steiger in SAG 1938/39, 177ff. und AG 293f. Diese Praxis ist umso berechtigter, als es offensichtlich nicht Sache der HReg-Behörden sein kann, eine Bilanz inhaltlich zu würdigen; «vielmehr hat das Gesetz den besonderen Revisionsbericht vorgesehen und damit die Verantwortung für die Berechtigung der Kapitalherabsetzung in weitem Maße auf die Revisionsstelle gelegt. Dann aber kann verlangt werden, daß die Bilanz formell die Sache so darstellt, wie sie wirklich ist, umso mehr als faktisch jede Gesellschaft die Möglichkeit hat, Verluste auszuweisen, indem sie vor Bilanzabschluß entsprechende Abschreibungen vornimmt. Für die Berechtigung derselben sind aber nicht die Handelsregisterbehörden verantwortlich, sondern die Gesellschaftsorgane.» (von Steiger AG 290f.).

⁶⁹ «In der Regel wird der Revisionsbericht schriftlich erstattet; geschieht dies nicht, so wird der mündlich abgegebene Revisionsbericht in seinen wesentlichen Teilen in die vom Notar zu errichtende öffentliche Urkunde über die die Kapitalherabsetzung beschließende Generalversammlung aufzunehmen sein» (von Steiger AG 292).

⁷⁰ Kreisschr. 1937 Ziff. 24 lit. b Abs. 2.

Es genügt aber auch, wenn die Revisionsstelle bestätigt, daß in der Lage der Gläubiger keine Verschlechterung eintritt oder daß die Gläubiger ihre aus-

Revisionsbericht zugrunde liegt. Da ausschließlich die Revisionsstelle für den Inhalt ihres Berichtes verantwortlich ist, haben die Handelsregisterbehörden ihn nicht auf seine materielle Richtigkeit zu prüfen, es sei denn, er gelange zu offensichtlich falschen Ergebnissen⁷¹.

Werden bei der Sanierung einer AG nicht nur das Aktienkapital, sondern auch die Forderungen der Gläubiger herabgesetzt, so finden die Art. 732 ff. OR nicht Anwendung, weil sie von der Voraussetzung ausgehen, daß diese Forderungen trotz der Herabsetzung des Grundkapitals noch voll gedeckt sind. Dafür sind, da in solchen Fällen die Kapitalherabsetzung mit einem ordentlichen Nachlaßvertrag i. S. von SchKG 293 ff. zusammenhängt, dem Handelsregister ein durch eine Urkundsperson oder den Gerichtsschreiber beglaubigter Auszug des Nachlaßvertrages und das Dispositiv des den Vertrag genehmigenden Gerichtsurteils einzureichen.

Anders verhält es sich jedoch, wenn mit der Herabsetzung des Aktienkapitals allein eine Beschränkung der Forderungen von Anleihensgläubigern auf Grund eines Beschlusses der Gläubigergemeinschaft verbunden ist⁷². Von der Herabsetzung des Aktienkapitals werden nicht nur die Anleihensgläubiger berührt, mit denen die Schuldverhältnisse neu geordnet worden sind, sondern auch die übrigen Gläubiger, deren Forderungen unangetastet geblieben sind. Infolgedessen muß auf den Beschluß der Generalversammlung über die Herabsetzung des Grundkapitals OR 732 Anwendung finden. Ein Gläubigeraufruf gemäß OR 733 wird nicht notwendig sein, wenn sich die Herabsetzung, wie dies die Regel sein wird, auf die Beseitigung einer durch Verluste entstandene Unterbilanz in einem diese letztere nicht übersteigenden Betrage beschränkt⁷³.

Ferner verlangt die handelsregisterliche Praxis die Beobachtung der Bestimmungen von OR 732 ff., wenn eine aufgelöste AG ihr

drückliche Zustimmung zur Kapitalherabsetzung gegeben haben (Verw.Ber. des RegR Basel-Stadt 1944 in ZBGR 1946, 327; von Steiger AG 287).

⁷¹ von Steiger AG 291.

⁷² Die über Beschlüsse der Gläubigerversammlungen von Anleiheobligationen zu errichtenden öffentlichen Urkunden sind dem HReg zur Aufbewahrung einzureichen (HRegV 35; OR 1169 gemäß BG betr. die Abänderung der Vorschriften des OR über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiheobligationen vom 1. April 1949). Jaquerod/von Steiger Nr. 218.

⁷³ Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1939 Nr. 10 Ziff. 4.

Grundkapital herabsetzen will und es sich dabei nicht um eine Verteilung des Liquidationserlöses vor Ablauf des Sperrjahres handelt, wofür nach OR 745 III eine Bewilligung des Richters einzuholen wäre. Dabei erlaubt die Praxis auch, in Abweichung von der Vorschrift von OR 732 V, das Grundkapital auf einen Fr. 50000 nicht mehr erreichenden Betrag herabzusetzen⁷⁴. Erwähnt sei hier auch BGE 65 I 147, welcher – unter Berufung auf einen gleich lautenden früheren Entscheid im Falle einer zivilrechtlichen Berufung⁷⁵ – es als unzulässig erklärt, daß eine AG ohne das Grundkapital entsprechend herabzusetzen Rückzahlungen auf liberierten Aktien vornimmt, unter Aufrechterhaltung der Liberierungspflicht der Aktionäre für den zurückerhaltenen Betrag⁷⁶.

Abschließend sei noch auf HRegV 84 IV verwiesen. Der Sinn dieser Bestimmung ist nicht besonders eindeutig. Nach meiner Meinung statuiert sie lediglich die registerrechtliche Pflicht, daß auch solche Aktienamortisationen im Handelsregister zur Eintragung anzumelden sind, die aus ungebundenem Geschäftsvermögen, unter Aufrechterhaltung des den Gläubigern haftenden Betrages durch Schaffung einer sog. Amortisationsreserve und außerhalb des Kapitalherabsetzungsverfahrens i. S. von OR 732 ff. vorgenommen werden. Sie tut dies jedoch, ohne die Beantwortung der umstrittenen und in der Praxis noch nie behandelten, materiellrechtlichen Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Amortisation präjudizieren zu wollen. Denn über die Zulässigkeitsfrage entscheiden nicht die Handelsregisterbehörden sondern allein der Richter⁷⁷.

⁷⁴ Kreisschr. 1940 Ziff. 8 lit. b; SAG 1938/39, 64 f. und 164 f.

⁷⁵ BGE 35 II 303.

⁷⁶ M. E. hat hier das BGer. in seiner Eigenschaft als oberste Verwaltungsgerichtsinstanz in HRegSachen sich zu unrecht erlaubt, diese in guten Treuen verschieden beantwortbare materiellrechtliche Frage zu entscheiden (siehe vorn S. 27 N 19).

⁷⁷ Über die unterschiedliche Beurteilung von HRegV 84 IV und die umstrittene Frage nach der Zulässigkeit dieser Art von Aktienamortisation vgl. die Ausführungen von Alfred Wieland in ZSR 1941, 14 ff., SJZ 1941/42, 109 ff., SAG 1947/48, 1 ff.;

Max Staehelin jun. in ZSR 1939, 19 ff.;

Siegwart OR 620 N 22 ff. und OR 659 N 32 ff.;

von Steiger AG 297 ff.; Schucany OR 735 N 1 Abs. 5; Guhl 455.

C. Verlegung des Sitzes

Entsprechend den unterschiedlichen Eintragungsverfahren, lassen sich fünf Arten von Sitzverlegungen unterscheiden. Obwohl sich nur zwei davon unter die Statutenänderungen einreihen, sei an dieser Stelle der Übersichtlichkeit halber auch gleich auf die andern Varianten verwiesen.

1. Die Sitzverlegung innerhalb des gleichen Registerbezirkes stellt eine gewöhnliche Statutenänderung dar und ist nach den dafür geltenden Vorschriften zur Eintragung anzumelden.

2. Die Sitzverlegung innerhalb der Schweiz in einen andern Registerbezirk erfolgt ebenfalls durch eine Änderung der Statuten. Bei der Anmeldung – sie ist immer bei dem am neuen Sitz zuständigen Handelsregister einzureichen – sind jedoch noch die Sonderbestimmungen von HRegV 49 zu beachten.

3. Die Eintragung einer Sitzverlegung vom Ausland in die Schweiz ist wie eine Neugründung zu behandeln (HRegV 50 II Satz 1). Es wird regelmäßig eine qualifizierte Gründung sein, in der die in der Schweiz neu konstituierte AG das ganze Vermögen der bisherigen ausländischen Gesellschaft übernimmt. Als zusätzlicher Beleg ist ein Ausweis darüber beizufügen, daß die Firma bisher im Ausland zu Recht bestanden hat (HRegV 50 I).

4. Ein besonderes Verfahren gilt für Sitzverlegungen vom Ausland in die Schweiz ohne Liquidation und ohne Neugründung (HRegV 50 I und II Satz 2, Art. 14 Schl. und ÜbgBest. zum OR; vgl. auch HRegV 122 IV).

5. Die Verlegung des Sitzes von der Schweiz ins Ausland stellt in der Theorie einen Auflösungsgrund dar, der zur Liquidation der AG führt⁷⁸. Eine Gesellschaft kann daher das hiefür vorgesehene Anmeldeverfahren wählen⁷⁹. Will sie jedoch von der ihr in HRegV 51 gebotenen Möglichkeit, sich ausdrücklich «wegen Verlegung des Sitzes in das Ausland» löschen zu lassen, Gebrauch machen, so hat sie neben der analogen Erfüllung der im Falle der Anmeldung einer gewöhnlichen Auflösung und Löschung nach erfolgter Liquidation erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen⁸⁰ noch den zusätzlichen

⁷⁸ Schucany OR 736 N 1 und dortige Zitate.

⁷⁹ Siehe nachfolgend S. 93 ff.

⁸⁰ Es sind dies:

a) Die öffentliche Urkunde (oder ein beglaubigter Protokollauszug, HRegV

Nachweis zu erbringen, daß sie am neuen Sitz zu Recht besteht und, sofern dort ein Handelsregister geführt wird, sich in dasselbe hat eintragen lassen (HRegV 51 I)⁸¹.

V. Auflösung und Löschung

A. Auflösung und Löschung nach erfolgter Liquidation

Erfolgt die Auflösung einer AG mit anschließendem Liquidations- eintritt nicht durch Konkurs, so ist sie von der Verwaltung zur Ein- tragung in das Handelsregister anzumelden. Ist die Verwaltung nicht dazu in der Lage, so ist die Anmeldung von den durch die Generalversammlung dafür bezeichneten Personeneinzureichen (OR 737, 738, HRegV 88). Mit der Auflösung hat die Verwaltung dem Handelsregister auch die mit der Durchführung der Liquidation betrauten Personen (i. e. Verwaltung oder besondere Liquidatoren⁸²) anzumelden (OR 740)⁸³. Als Ausweis über die erfolgte Wahl und die Ordnung der Zeichnungsberechtigung von besonderen Liquida- toren (gegebenenfalls auch darüber, was für Personen mit der An- meldung betraut worden sind) ist mindestens ein beglaubigter Auszug aus dem Generalversammlungsprotokoll erforderlich⁸⁴. Werden als besondere Liquidatoren⁸⁵ Personen bestellt, die bis anhin für die AG

28 II) über die Generalversammlung, die den Beschluß faßte, den Sitz ins Aus- land zu verlegen (analog dem Auflösungsbeschluß; siehe hinten S. 94).

b) Die Erklärung der anmeldenden Personen, daß die Gläubiger befriedigt worden sind oder sich mit der Löschung einverstanden erklärt haben, HRegV 51 II (analog der Erklärung der Verwaltung oder der Liquidatoren, daß die Liqui- dation durchgeführt sei; siehe hinten S. 95f.).

c) Die Zustimmungserklärungen der eidgenössischen und kantonalen Steuer- verwaltungen (siehe hinten S. 96).

⁸¹ Vgl. bezüglich der handelsregisterlichen Behandlung der Sitzverlegungen auch Jaquerod 'von Steiger Nr. 211/214 und von Steiger Prüfung 74f.

⁸² Die bisherigen Organe können neben den besonderen Liquidatoren weiter bestehen und im Handelsregister eingetragen bleiben (OR 739 II).

⁸³ Die Verletzung der Nationalitätsvorschrift von OR 740 III ist im Hinblick auf OR 741 II für den HRegF unbeachtlich (von Steiger Prüfung 92), im Ge- gensatz zu einer Verletzung von OR 711 bei der Bestellung der Verwaltung (Kreisschr. 1937 Ziff. 26 lit. a und 1940 Ziff. 9).

⁸⁴ HRegV 28 II; Personalangaben gemäß HRegV 40.

⁸⁵ Es können dafür auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie juristische Personen in Frage kommen (HRegV 41 in fine; Burckhardt III 1527 II; BGE 62 II 384).

noch nicht zeichnungsberechtigt waren, so haben sie beim Handelsregister unter Nachweis ihrer Personalien ihre unter die – nunmehr mit dem Zusatz «in Liquidation» (oder «in Liq.») versehene⁸⁶ – Firma gesetzte Unterschrift zu deponieren⁸⁷.

Die Anmeldungsbelege variieren je nach dem Grund der Auflösung:

Wird die AG aufgelöst nach Maßgabe der Statuten (OR 736 Ziff. 1, 627 Ziff. 4), so genügt ein in der Anmeldung enthaltener Verweis auf dieselben.

Im Falle von OR 736 Ziff. 2⁸⁸ ist die öffentliche Urkunde über den von der Generalversammlung gefaßten Beschluß betreffend die Auflösung der Gesellschaft beizulegen.

Bei Auflösung der AG durch ein richterliches Urteil⁸⁹ auf Grund von OR 736 Ziff. 4, 625 II, 643 III oder ZGB 57 III dient das Dispositiv des in Rechtskraft erwachsenen Urteils als Beleg.

In zwei Fällen – erstens wenn die Zusammensetzung der Verwaltung oder die Ordnung ihrer Vertretung nicht mehr den Vorschriften von OR 711 entspricht, zweitens wenn eine Gesellschaft, welche mit bundesrätlicher Bewilligung gemäß Art. 14 Schl. und ÜbgBest. zum OR ihren Sitz vom Ausland in die Schweiz verlegte, nicht innert sechs Monaten von der Eintragung an ihre Statuten der schweizerischen Gesetzgebung angepaßt und ihre Organe neu bestellt hat – kann die Auflösung durch den HRegF als Sanktion von Amtes wegen erklärt und eingetragen werden⁹⁰. Als Liquidatoren sind von ihm die Mitglieder der Verwaltung zu bezeichnen unter Angabe jener Zeichnungsart, welche der bisherigen Eintragung ent-

⁸⁶ OR 739 I.

⁸⁷ Siehe vorn S. 69f. (Ziff. 2).

⁸⁸ Nach der bestehenden Spruchpraxis kann der einmal gefaßte Auflösungsbeschluß der AG nicht widerrufen werden (Burckhardt III Nr. 1528 III; SJZ 1926/27, 48; Verw.Entsch. Heft 2 Nr.41 = SJZ 1928/29, 62f. = ZBJV 1928, 374; Nicht publ. Urt. des BGer. vom 14. Sept. 1938 in SAG 1938/39, 68f. und Couchepin Nr. 124; ZBGR 1950, 236 Ziff. 4. – Bei einer EinmannAG wurde jedoch dem Widerruf des Auflösungsbeschlusses zugestimmt, welcher bereits beim HReg angemeldet aber noch nicht eingetragen war (Rechensch.Ber. des JPD des Kt. Aargau 1944, 498).

⁸⁹ Eine AG, welche durch Gerichtsurteil aufgelöst worden ist, kann nicht nachträglich noch durch Generalversammlungsbeschluß als aufgelöst erklärt werden. Die Anmeldung und Eintragung darf sich folglich nur auf das Urteil stützen und es ist nicht der Generalversammlungsbeschluß als Auflösungsgrund zu erwähnen (SAG 1943/44, 183f.).

⁹⁰ Kreisschr. 1937 Ziff. 26 lit. a und 1940 Ziff. 9; siehe auch vorn S. 76 N 12.

spricht, es sei denn, daß die Gesellschaft andere Liquidatoren ernannt (HRegV 86 II). Als Beleg hat der HRegF das Doppel seiner gemäß HRegV 86 I⁹¹ an die AG erlassenen Aufforderung zu den Akten zu nehmen. Er muß die Auflösung widerrufen, wenn binnen drei Monaten nach Eintragung der Auflösung der gesetzliche Zustand (wieder) hergestellt wird (HRegV 86 III).

Während des Liquidationsstadiums vorkommende Änderungen, z. B. Abberufung und Ernennung von Liquidatoren durch die Generalversammlung oder den Richter⁹², Änderungen in der Verwaltung und der Vertretung, Herabsetzung des Grundkapitals⁹³ und andere Statutenänderungen, welche der Liquidationstätigkeit nicht zuwiderlaufen⁹⁴, sind durch die Liquidatoren anzumelden⁹⁵.

Nach Beendigung der Liquidation ist auch das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren beim Handelsregister anzumelden (OR 746, 938). Da es nicht Aufgabe des HRegF ist, zu kontrollieren, ob die Vorschriften über das Liquidationsverfahren (OR 742 745) eingehalten worden sind⁹⁶, vollzieht er die Löschung, wenn die Anmeldenden erklären, daß die Liquidation durchgeführt ist, sofern er keinen besonderen Anlaß hat, an der Richtigkeit dieser Erklärung zu zweifeln⁹⁷, und die zur Erhebung der wichtigsten eidgenössischen

⁹¹ OR 711 IV, Art. 14 Schl. und Übgbest. zum OR, HRegV 122 IV.

⁹² OR 740 IV, 741.

⁹³ Siehe vorn S. 90 f.

⁹⁴ Statutenänderungen läßt die Praxis nur zu unter der Voraussetzung, daß alle Gläubiger und Aktionäre zustimmen (Burckhardt III 1528 II; ZBJV 1930, 286 = SJZ 1929/30, 298 = SAG 1929/30, 151;

von Steiger Prüfung 93, AG 324 f.

⁹⁵ Kreisschr. 1940 Ziff. 8 lit. b; von Steiger Prüfung 92. Schucany OR 739 N 2 lit. b ist der Ansicht, daß in jenen Fällen, wo die Verwaltung neben den besonderen Liquidatoren weiteramtet, die Anmeldungspflicht bei der ersteren verbleibt.

⁹⁶ Dies ergibt sich allein schon daraus, daß dem HRegF keinerlei diesbezügliche Prüfungsunterlagen zur Verfügung stehen, haben doch die Anmeldenden weder die Erklärung, daß die Liquidation tatsächlich beendet sei, noch die Befolgung der formellen Liquidationsvorschriften irgendwie zu belegen.

Siehe auch vorn S. 29 f. und S. 39 Ziff. 2.

⁹⁷ SAG 1930 31, 39 ff.; Nicht publ. Ur. des BGer. vom 20. Febr. 1934 i. S. Josef Füglistler gegen Emil Frey und Aargau in Couchepin Nr. 118; Ber. des Oberger. des Kt. Solothurn 1940 in ZBGR 1942, 108; von Steiger Prüfung 94.

direkten und indirekten Steuern zuständigen kantonalen und eidgenössischen Steuerverwaltungen auf die von ihm an sie gerichtete Mitteilung hin der Löschung ausdrücklich zugestimmt haben⁹⁸.

Es ist daher ohne weiteres zulässig, wenn die Auflösung und Löschung einer Gesellschaft von der Verwaltung gleichzeitig angemeldet und dementsprechend vom HRegF in einem einzigen Eintrag zusammengefaßt werden. Ist jedoch in solchen Fällen die Zustim-

⁹⁸ Vgl. zu dieser öffentlichrechtlichen Löschungsvoraussetzung vorn S. 33f.

Art. 35 des BRB über die Erhebung einer eidg. Kriegsgewinnsteuer;

Art. 88 des BRB über die Erhebung eines einmaligen Wehropfers;

Art. 122 des BRB über die Erhebung einer Wehrsteuer;

Art. 55 Abs. 5 der VVO zu den Bundesgesetzen über die Stempelabgaben;

Kreisschr. des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das HReg betr. die Löschung von juristischen Personen und Filialen ausländischer Unternehmungen im HReg während der Erhebung der Kriegsgewinnsteuer vom 22. Jan. 1940 (BBl. 1940 I 159); des einmaligen Wehropfers vom 9. Aug. 1940 (BBl. 1940 I 858); der Wehrsteuer vom 10. Januar 1941 (BBl. 1941 I 6); Kreissch. des Eidg. JPD an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das HReg betr. die Löschung von juristischen Personen und Filialen ausländischer Unternehmungen im HReg vom 10. Juni 1950 (BBl. 1950 II 201).

Nachdem die Vorschriften über die Kriegsgewinnsteuer und das Wehropfer gegenstandslos geworden waren, wurde laut diesem letzten Kreisschreiben die früher für die Wehrsteuer geltende Ordnung des *Einspracheverfahrens*, wonach die Löschung erst vorgenommen werden durfte, nachdem die zuständige kantonale Wehrsteuerverwaltung auf die vom HRegF an sie gerichtete Anfrage hin binnen zehn Tagen keinen Einspruch erhoben oder einen erhobenen Einspruch wieder zurückgezogen hatte, abgeändert und dem in der Praxis einfacheren und zweckmäßigeren *Zustimmungsverfahren* des Stempelrechts angepaßt, damit die HRegÄmter gegenüber den Steuerverwaltungen nicht mehr zwei verschiedene Verfahren anwenden müssen. Die Eidg. Steuerverwaltung vereinbarte zu diesem Zweck mit dem Eidg. HRegAmt, daß die Wehrsteuerbehörden gegen die mitgeteilten Lösungsbegehren keinen Einspruch mehr zu erheben haben, sondern daß für alle Fälle der Einspruch zum vorneherein als erklärt gelte. Das bedingt, daß die kantonalen Wehrsteuerbehörden in jedem Fall den generell erhobenen Einspruch durch eine schriftliche Erklärung an das Registeramt zurückziehen müssen. Im einzelnen haben die HRegÄmter u. a. wie folgt vorzugehen: Die Lösungsanmeldung einer AG ist vom Registeramt sowohl der Eidg. Steuerverwaltung, Abteilung Stempelabgaben und Verrechnungssteuer, als auch der zuständigen kantonalen Wehrsteuerverwaltung mitzuteilen, die Lösungsanmeldung der Filiale einer ausländischen AG dagegen nur der kantonalen Wehrsteuerverwaltung. Die Löschung ist erst vorzunehmen, nachdem die zu informierenden Steuerverwaltungen ausdrücklich zugestimmt haben. Begehren um Beschleunigung der Zustimmungserklärung sind an die in Betracht kommende Steuerverwaltung zu weisen.

nungserklärung einer Steuerverwaltung zur Löschung nicht innert nützlicher Frist (in der Regel 30 Tage) erhältlich, so soll der HRegF zur Vermeidung unliebsamer Verzögerungen in der Anpassung des Registerinhalts an die veränderten Verhältnisse vorerst einmal die Auflösung der AG eintragen und publizieren, mit der den Sachverhalt klarstellenden Bemerkung, daß nach Angabe der Beteiligten die Liquidation beendet sei, die Löschung der Firma aber mangels Zustimmung dieser oder jener Steuerverwaltung noch nicht erfolgen könne. Sobald die steuerbehördliche Zustimmung eingetroffen ist, vollzieht er auch noch die Löschung, und zwar, da sie ja bereits angemeldet ist, gebührenfrei⁹⁹.

Die large Praxis in der Behandlung der Löschanmeldungen ist um so berechtigter, als die Löschung im Handelsregister keine konstitutive Bedeutung hat und daher u. U. eine Wiedereintragung der AG in Liquidation stattfinden kann, wenn sich nachträglich herausstellt, daß die Liquidation entgegen der von den Liquidatoren abgegebenen Erklärung noch nicht abgeschlossen ist. Denn eine AG hat, da alle Handelsregistereintragungen wahr sein müssen (HRegV 38 I), grundsätzlich so lange eingetragen zu bleiben, als die Liquidation nicht durchgeführt ist. Die Wiedereintragung wird wie eine Änderung (bzw. Berichtigung) behandelt¹⁰⁰. Beantragen die Anmeldepflichtigen¹⁰¹ nicht von sich aus die Wiedereintragung, so können sie auf Begehren eines Gläubigers¹⁰² oder eines Aktionärs¹⁰³

⁹⁹ Verw.Ber. des JPD Basel-Stadt 1946 in ZBGR 1948, 161 lit. e.

¹⁰⁰ Siehe vorn S. 73 ff.

¹⁰¹ BGE 78 I 451.

¹⁰² Jeder Gläubiger, der eine Forderung gegen die gelöschte AG glaubhaft machen kann, darf beim HReg die Wiedereintragung verlangen. Dieses verweigert die Wiedereintragung nur, wenn hieran ein schutzwürdiges Interesse fehlt, d. h. das Begehren des Gläubigers sich als rechtsmißbräuchlich darstellt, weil zum vorneherein feststeht, daß ein derartiges Vorgehen gegen die AG nicht zum Ziele führen kann (z. B. weil keinerlei verwertbare Gesellschaftsaktiven mehr vorhanden sind – BGE 57 I 233) oder daß die Erreichung des angestrebten Zweckes auch ohne die Wiedereintragung möglich ist. (So ist z. B. zur Verwertung eines durch einen Dritten für die Schuld der AG gesetzten Pfandes keine Wiedereintragung nötig. Die Betreuung kann gegen den Dritteigentümer des Pfandes allein angehoben werden. BGE 59 I 161). – Vgl. ferner BGE 57 I 39, 60 I 23, 64 I 334, 67 I 119; Couchepin Nr. 123, 133/138; Verw.Entsch. Heft I Nr. 35; Rechensch.Ber. der Justiz- und Polizeidirekt. des Kt.Aargau 1938 in ZBGR 1940, 292; SAG 1938/39, 39 ff.; Verw.Ber. des JPD Basel-Stadt 1941 in

durch den HRegF dazu veranlaßt werden. Im Weigerungsfalle wird gestützt auf eine Verfügung der kantonalen Aufsichtsbehörde (oder einen Entscheid des Bundesgerichts, HRegV 5) die Wiedereintragung von Amtes wegen vorgenommen.

Nach konstanter Praxis besteht ferner die registerrechtliche Verpflichtung zur Eintragung der tatsächlich eingetretenen Auflösung und Liquidation einer AG, auch wenn ein förmlicher Auflösungsbeschluß der Generalversammlung nicht vorliegt. Diese Löschungspflicht wird dadurch begründet, daß der Handelsregistereintrag mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr übereinstimmt. Denn einer AG, die wirtschaftlich vollständig liquidiert und von den Beteiligten in Wirklichkeit aufgegeben worden ist, so daß sie nur noch ihrer äußeren Rechtsform nach besteht (Aktienmantel), wird nach den von Literatur und Praxis gestützt auf ZGB 2 aufgestellten Grundsätzen jeder Anspruch auf Weiterexistenz als offensichtlich rechtsmißbräuchlich aberkannt. Eine solche Gesellschaft ist endgültig erloschen, sie kann ebensowenig wieder zum Leben erweckt werden, wie eine Generalversammlung ihren einmal gefaßten Auflösungsbeschluß widerrufen dürfte¹⁰⁴. Daher muß, um den Einklang des Handelsregisters mit der gegenüber dem bisherigen Eintrag veränderten Sachlage wiederherzustellen, die materiell bereits untergegangene AG auch formell gelöscht werden. Der HRegF hat, sobald er von einem derartigen Fall erfährt, gestützt auf OR 937 und HRegV 59 I im Verfahren gemäß HRegV 60 die Verwaltung der AG zur Anmeldung der Auflösung und Löschung zu veranlassen¹⁰⁵.

ZBGR 1943, 113 lit.c.; von Steiger Prüfung 95, AG 323f.; Schucany OR 746 N 2 und dortige Zitate.

¹⁰³ Z. B. weil er seinen Liquidationsanteil noch nicht erhalten hat (Verw.Ber. des JPD des Kt. Basel-Stadt 1941 in ZBGR 1943, 113 lit.b.).

¹⁰⁴ Siehe vorn S. 94 N 88.

¹⁰⁵ Über diese verwaltungsrechtliche Löschungspflicht und die materiellrechtliche Frage, wann ein Aktienmantel vorliegt (und wann ein Aktienmantelkauf als rechtsmißbräuchliche Umgehung der zwingenden, um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Gründungsvorschriften, insbesondere der Bestimmungen über die Bildung des Aktienkapitals, zu betrachten ist), vgl. BGE 55 I 134, 192, 346, 64 II 361, 65 I 139, 67 I 36; Nicht publ. Ur. des BGer. bei Couchepin Nr. 126/132; Verw.Entsch. Heft 1 Nr. 34 = SJZ 1928/29, 82 = ZBJV 1928, 380; SAG 1929/30, 147f., 1938/39, 224f.; ZBJV 1940, 563f.; ZGBR 1945, 114; Fridolin Hauser «Der Mantel bei der AG und GmbH»; Siegwart E.N. 22ff.; von Steiger Prüfung 93f., AG 352; Guhl 432f.

Da wegen Fehlens eines förmlichen Auflösungsbeschlusses die erforderlichen Belege nicht beigebracht werden können, hat an deren Stelle eine Zustimmungserklärung der Aufsichtsbehörde nach HRegV 31 zu treten¹⁰⁶. Verweigern die Anmeldungspflichtigen ihre Mitwirkung, so erfolgt die Löschung von Amtes wegen¹⁰⁷.

Von diesem zur Bekämpfung des Aktienmantels und seiner unzulässigen Verwertung in der Regel einzuschlagenden Wege ist zu unterscheiden das abgekürzte Verfahren nach HRegV 89¹⁰⁸. Letzteres findet nur Anwendung auf Gesellschaften, bei denen nicht nur die Tätigkeit aufgehört hat, sondern auch die Organe und Vertreter in der Schweiz weggefallen sind. Auch bei diesen amtlichen Löschungen dürfen die Zustimmungserklärungen der eidgenössischen und kantonalen Steuerverwaltungen nicht fehlen.

B. Auflösung und Löschung durch Konkurs

Ist über einer AG der Konkurs eröffnet worden, so hat der HRegF gestützt auf die Mitteilung des Konkursrichters oder, wenn eine besondere Konkursverwaltung eingesetzt worden ist, nach Empfang der Mitteilung des Konkursamtes die dadurch bewirkte Auflösung der Gesellschaft (OR 736 Ziff. 3) von Amtes wegen als Änderung einzutragen (SchKG 176, OR 725 IV, OR 939 I, HRegV 64 I)¹⁰⁹. Ein Änderungseintrag ist auch erforderlich, wenn die Maßnahme eine bereits aufgelöste und in Liquidation getretene AG betrifft.

Nach Schluß des Konkursverfahrens, d.h. nach Beendigung der Konkursliquidation¹¹⁰, erfolgt auf Grund der amtlichen Mitteilung des Schlußerkenntnisses die Löschung gleichfalls von Amtes wegen (SchKG 176, OR 939 III, HRegV 66 II Satz 1). Die Zustimmungserklärungen der Steuerverwaltungen zur Löschung sind natürlich nicht mehr einzuholen. Ebenso ist auf amtliche Mitteilung hin und von Amtes wegen der konkursrichterliche Widerruf des Konkurses

¹⁰⁶ Jaquerod/von Steiger Nr. 221.

¹⁰⁷ Jaquerod/von Steiger Nr. 236; siehe auch vorn S. 76 N 13.

¹⁰⁸ Jaquerod/von Steiger Nr. 237; siehe auch vorn S. 76 N 12.

¹⁰⁹ Im Kreisschr. 1937 Ziff. 18 lit. a wird dem HRegF dabei nahegelegt, aus praktischen Gründen die Eintragung nicht vor Ablauf der zehntägigen Beru-
fungsfrist (SchKG 174) vorzunehmen, also nicht bevor die Mitteilung des Kon-
kursamtes über die Eröffnung des Konkurses im Amtsblatt erschienen ist
(SchKG 35 I).

¹¹⁰ Kreisschr. 1940 Ziff. 14 Abs. 2.

einzutragen, unter Aufhebung des die Konkurseröffnung betreffenden Eintrages (SchKG 176, 195, OR 939 II, HRegV 65). Wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (SchKG 230), so erfolgt die amtliche Löschung nur, wenn die Vertreter der AG nicht innert der vom HRegF angesetzten Frist gegen die Ankündigung begründete Einsprache erheben (HRegV 66 II Satz 2). Wird festgestellt, daß der Geschäftsbetrieb fortgesetzt wird, so ist einzutragen, daß die AG nur noch zum Zwecke der Liquidation weiterbesteht. Das Doppel der an die Vertreter der AG gerichteten Aufforderung und ihr Einspruch gegen die Löschung ist zu den Akten zu nehmen¹¹¹. Die Löschung erfolgt erst später, wenn die Liquidation beendet worden ist, im gewöhnlichen Verfahren (HRegV 66 II Satz 3)¹¹².

C. Auflösung und Löschung durch Nachlaßvertrag

Ebenfalls einzutragen ist der Abschluß eines gerichtlichen Nachlaßvertrages mit Vermögensabtretung (Liquidationsvergleich) gemäß SchKG 316a/316t. Diese Eintragung erfolgt jedoch nicht von Amtes wegen, sondern auf die Anmeldung durch die Liquidationskommission¹¹³ hin. Der Anmeldung ist ein beglaubigter Auszug aus dem Nachlaßvertrag und das Dispositiv des Urteils beizufügen. Ferner sind die Zusammensetzung der Liquidationskommission, die von ihr ernannten Vertreter sowie die Art der Zeichnung anzugeben; die Vertretungsberechtigten haben ihre Firmaunterschrift zu deponieren (HRegV 64 II)¹¹⁴. Die Liquidationskommission meldet auch die Löschung nach beendeter Liquidation an (HRegV 66 III); gelöscht darf aber erst werden, wenn die Zustimmungserklärungen der Steuerbehörden vorliegen.

Dieses Vorgehen ist geboten im Hinblick auf die durch den gerichtlichen Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung bewirkten Veränderungen in den Vertretungsverhältnissen (OR 937, HRegV 59 I)

¹¹¹ Jaquerod/von Steiger Nr. 242/243.

¹¹² Kreisschr. 1937 Ziff. 18 lit. b, 1940 Ziff. 14;

ZBGR 1939, 264, 1940, 109, 164, 1945, 269;

von Steiger AG 317f. und in SJZ 1941/42, 214; His OR 939 N 23ff.

¹¹³ Unter den von der HRegV verwendeten Begriff «Liquidationskommission» fallen nur die von der Gläubigerversammlung gewählten Liquidatoren, nicht aber auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses.

¹¹⁴ Jaquerod/von Steiger Nr. 246. – Der Firma ist der Zusatz «in Nachlaßliquidation» beizufügen (SchKG 316d Abs. 2).

und die mit seiner Durchführung tatsächlich eingetretene Auflösung und Liquidation der AG¹¹⁵; d.h. unabhängig davon, ob man der umstrittenen Auffassung, der Vertrag stelle einen gesetzlichen Auflösungsgrund (OR 736 Ziff. 5) dar, beipflichte¹¹⁶ oder nicht¹¹⁷. Dieses Eintragsverfahren ist daher auch nicht anwendbar auf Nachlaßverträge ohne völlige Vermögensabtretung, z. B. mit bloß prozentualer Befriedigung der Gläubiger (Prozentvergleiche)¹¹⁸.

Wird der Abschluß des gerichtlichen Nachlaßvertrages mit Vermögensabtretung widerrufen (SchKG 316), so ist analog vorzugehen wie beim Widerruf des Konkurses¹¹⁹.

Erwähnt sei noch, daß die Praxis¹²⁰ auch Gesellschaften, bei denen es nie zu einem Konkurs kommt, weil ihre Zahlungsunfähigkeit notorisch ist, als aufgelöst betrachtet, indem sie die Bestimmung von ZGB 77, wonach ein Verein von Gesetzes wegen aufgelöst ist, wenn er zahlungsunfähig ist, per analogiam auf die AG anwendet und als einen der «übrigen vom Gesetz vorgesehenen» Auflösungsgründe (OR 736 Ziff. 5) erklärt. Diese von gewissen kantonalen Registerbehörden vertretene Auffassung erscheint sachlich vollkommen gerechtfertigt; dessen ungeachtet stellt sie jedoch in rechtlicher Hinsicht eine Übermarchung der beschränkten handelsregisterlichen Kompetenz zur Überprüfung materieller Rechtsfragen dar.

D. Auflösung und Löschung ohne Liquidation

I. Fusion

a) Annexion (OR 748)

Ein Änderungseintrag bei der *übernehmenden AG* ist nur erforderlich, wenn diese gezwungen ist, ihr Grundkapital zu erhöhen, um den Aktionären der übernommenen AG nach Maßgabe des Fusionsvertrages die zur Abfindung notwendigen Aktien aushändigen zu

¹¹⁵ Siehe vorn S. 98.

¹¹⁶ So: von Steiger Prüfung 80, AG 318; Schucany OR 736 N 6; Siegwart E.N. 332.

¹¹⁷ So: BGE 60 I 35, 64 II 368 und weitere bei Couchepin Nr. 125 zit. Entsch.; MBVR 1928 Nr. 129 = SJZ 1929/30, 47.

¹¹⁸ His OR 939 N 15; siehe auch vorn S. 90.

¹¹⁹ Siehe vorn S. 99 f.; His OR 939 N 17.

¹²⁰ ZSGV 1937, 137; von Steiger AG 319.

können. Es handelt sich dabei immer um eine qualifizierte Kapitalerhöhung¹²¹. Die Liberierung des neuen Kapitals erfolgt durch Einlage des Vermögens der zu übernehmenden Gesellschaft und ist dem HRegF durch Beilage des beglaubigten Fusionsvertrages oder, wenn dieser nicht schriftlich abgefaßt wurde¹²², wenigstens einer summarischen Übernahmebilanz zur öffentlichen Urkunde über den die Liberierung der Kapitalerhöhung feststellenden Generalversammlungsbeschluß nachzuweisen¹²³. Zeichnungsscheine sind keine erforderlich¹²⁴, denn die Zeichnung liegt bereits im Fusionsvertrag. Im übrigen sei auf die Ausführungen über die Kapitalerhöhung verwiesen¹²⁵.

Die Anmeldung der Auflösung der *übernommenen AG* ist gemäß OR 737 noch Aufgabe der Verwaltung dieser Gesellschaft. Da jedoch der französische Text von OR 748 Ziff. 7, im Gegensatz zur indifferenten deutschen und italienischen Formulierung, ausdrücklich vorschreibt, daß diese Anmeldung durch die übernehmende AG zu erfolgen habe, läßt die Praxis beide Spielarten zu. Sie gibt jedoch der zweckmäßigeren französischen Fassung den Vorzug¹²⁶. Wenn die Gesellschaft ihren Sitz im gleichen Registerbezirk hat wie die aufnehmende AG, so genügt als Beleg die öffentliche Urkunde über die Generalversammlung welche den Fusionsvertrag genehmigt und die Auflösung beschließt. «Sonst wird ebenfalls der Fusionsvertrag eingereicht werden müssen.»¹²⁷ Der durch von Steiger¹²⁸ des weitern verlangte Handelsregisterauszug zum Nachweis dafür, daß die Fusion bei der übernehmenden Gesellschaft eingetragen worden ist, dürfte m. E. entbehrlich sein¹²⁹.

Die Löschung wird in allen Fällen entsprechend der französischen Fassung von OR 748 Ziff. 7 Sache der Verwaltung der überneh-

¹²¹ Ebenso von Steiger Prüfung 85f., AG 338; Schucany OR 749 N 2; Siegart OR 628 N 8. Frehner (S. 58 und 80) lehnt jedoch diese m. E. einzig vernünftige Betrachtungsweise ab.

¹²² Der Fusionsvertrag kann formlos abgeschlossen werden (von Steiger a. a. O., Guhl 481, Frehner 63).

¹²³ Kreisschr. 1937 Ziff. 22; siehe auch vorn S. 51 N 25 und S. 63 bei N 71.

¹²⁴ Ebenso von Steiger a. a. O.; Schucany OR 748 N 8 Abs. 3.

¹²⁵ Siehe vorn S. 81 ff.

¹²⁶ Jaquerod/von Steiger Nr. 229 N 1.

¹²⁷ von Steiger AG 339.

¹²⁸ a. a. O.

¹²⁹ Siehe oben.

menden AG sein, denn ihr obliegt es ja auch als Universalsukzessor den Schuldenruf zu erlassen (OR 748 Ziff. 1) und das Vermögen der aufgelösten AG gemäß OR 748 Ziff. 2 zu verwalten. Gelöscht dürfte laut OR 748 Ziff. 7 erst werden, nachdem der Schuldenruf ergangen ist (OR 748 Ziff. 1, OR 742 II) und die Gläubiger der aufgelösten Gesellschaft befriedigt oder sichergestellt sind. Diese für eine Auflösung ohne Liquidation absolut unverständliche Vorschrift ist für den HRegF jedoch ebenso unbeachtlich wie die Innehaltung der Bestimmungen von OR 742/745¹³⁰. Ihre Verletzung zieht in keiner Weise eine Benachteiligung der Gläubiger nach sich, zumindest sind sie auf Grund der übrigen zu ihrem Schutze aufgestellten Vorschriften von OR 748 nicht schlechter gestellt, als dann, wenn die aufgelöste AG in Liquidation träte. So gestattet die Praxis denn – nicht zuletzt auch mit Rücksicht auf die nachteiligen fiskalischen Konsequenzen, welche das Weiterbestehen für die aufgelöste AG zeitigte, – die Löschung gleichzeitig mit der Auflösung anzumelden¹³¹. Die Löschung wird vollzogen nachdem die zuständigen Steuerverwaltungen ihre Zustimmung gegeben haben. Sollten zufolge besonderer Umstände die Gläubiger der aufgelösten AG ausnahmsweise ein schutzwürdiges Interesse daran haben, daß die Gesellschaft weiterbesteht, so können sie mit einem diesbezüglichen Begehren an den HRegF gelangen und von ihm verlangen, daß er die vorzeitige Löschung verweigere bzw. die bereits gelöschte AG wieder eintrage¹³². Weitere Belege sind m. E. nicht erforderlich¹³³.

¹³⁰ Siehe vorn S. 95 ff.

¹³¹ von Steiger Prüfung 86 f., AG 339 f.

¹³² Siehe vorn S. 97 f.

¹³³ a. M. Jaquerod/von Steiger Anm. zu Eintragsmuster Nr. 229, wo zwar ebenfalls die gleichzeitige Anmeldung von Auflösung und Löschung als zulässig erklärt wird, aber doch als Nachweis dafür, daß der Vorschrift von OR 748 Ziff. 1 und 7 in fine Genüge geleistet worden ist, in «Anlehnung» an OR 734 eine notarielle Bescheinigung darüber verlangt wird, daß die Gläubiger der aufgelösten AG befriedigt oder sichergestellt worden sind. Ob der mit dieser Formalität verfolgte Zweck (Schutz der Gläubiger) erreicht wird, ist jedoch zu bezweifeln. Nach meiner Ansicht wirkt sich dieses im Vergleich zur Behandlung von Löschanmeldungen liquidiertter Gesellschaften viel schärfere Verfahren eher zu Ungunsten der Gläubigerinteressen aus. Es wird dadurch ein weiterer Anlaß geschaffen, der die Aktiengesellschaften dazu bewegen kann, auf diesen beschwerlichen gesetzlichen Fusionsweg zu verzichten und auf andere Arten vorzugehen, die für sie zu gleichen wirtschaftlichen und rechtlichen Resultaten führen, aber für die Gläubiger (sowohl der übernehmenden als auch der

Das gleiche Verfahren ist auch anzuwenden, wenn eine Kommandit-AG eine AG oder eine AG eine Kommandit-AG übernimmt (OR 750 II, 770 III).

b) Kombination (OR 749)

Hier handelt es sich um die qualifizierte Gründung einer neuen AG an Stelle von bisher zwei oder mehreren Gesellschaften. Gründer sind allein die Gesellschaften, welche sich zu dieser neuen AG vereinigen wollen. Eine Zeichnung von Aktien findet auch hier nicht statt¹³⁴. Sämtliche Aktien werden durch Sachwerte liberiert. In formaler Hinsicht ist das Verfahren vergleichbar mit dem Vorgehen bei der Simultangründung.

Als Belege sind insbesondere erforderlich:

1. Die öffentliche Urkunde, in der die bisherigen Gesellschaften (d. h. ihre Vertreter)

a) den Fusionsvertrag abschließen (OR 749 III Ziff. 1),

b) die Statuten der neuen AG festsetzen (OR 749 III Ziff. 1; OR 638 I),

c) die Übernahme sämtlicher Aktien bestätigen (OR 749 III Ziff. 1; OR 638 II Ziff. 1),

d) die Einbringung des Vermögens der bisherigen Gesellschaften bestätigen (OR 749 III Ziff. 1) und feststellen, daß dadurch das Grundkapital der neuen AG gedeckt ist (OR 638 II Ziff. 2),

e) die Genehmigung der Statutenbestimmungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und Gründervorteile erklären (OR 638 II Ziff. 3),

f) die notwendigen Organe der neuen Gesellschaft ernennen (OR 749 III Ziff. 1; OR 638 I).

Die Urkunde ist von den Vertretern der bisherigen Gesellschaften in ihrer Eigenschaft als Gründer und den Fusionsvertrag schließenden Parteien zu unterzeichnen (OR 638 I, OR 749 Ziff. 1), und es sind darin ihre Personalien gemäß HRegV 78 aufzuführen.

übernommenen AG) keinen besonderen Schutz aufweisen wie OR 748. – Fraglich erscheint aber auch, ob der HRegF überhaupt berechtigt ist, ohne gesetzliche Grundlage eine solche öffentliche Beurkundung zu verlangen, stellt er doch damit eine neue Eintragungsvoraussetzung auf. – Siehe auch vorn S. 29f. und S. 39 Ziff. 2.

¹³⁴ von Steiger AG 345f.

2. Eine von den Vertretern der bisherigen Gesellschaften unterzeichnete öffentliche Urkunde, in der diese auf Grund der ihnen vorliegenden (OR 638 II Ziff. 4) öffentlichen Urkunden über die Generalversammlungsbeschlüsse der einzelnen bisherigen Gesellschaften betreffend die Genehmigung des vorgenannten Fusionsvertrages und die Auflösung (OR 749 III Ziff. 2, 736 Ziff. 2) die neue AG als gegründet erklären (OR 749 III Ziff. 3; OR 638 I).¹³⁵

Die Anmeldung erfolgt durch die Verwaltung der neuen AG. Die Eintragung der Auflösung und Löschung der bisherigen Gesellschaften gestaltet sich gleich wie bei der Annexion (OR 749 II).

2. Umwandlung einer AG in eine GmbH (OR 824/826)

Bei dieser verfahrensmäßig mit der Fusion verwandten Umwandlung sind neben den allgemeinen Formalitäten einer qualifizierten GmbH-Gründung (OR 779/781, HRegV 90)¹³⁶ als besondere registerrechtliche Eintragungsvoraussetzungen hervorzuheben:

1. Die Geschäftsführer der neugegründeten GmbH haben nicht nur diese zur Eintragung im Handelsregister anzumelden, sondern auch die Auflösung und Löschung der AG (OR 780 II; OR 826 V, 748 Ziff. 7)¹³⁷. Sofern die GmbH ihren Sitz nicht in einem andern Registerbezirk wählt, kann somit eine einzige Anmeldung genügen¹³⁸.

2. Da zwei verschiedene Rechtsvorgänge zu unterscheiden sind, hier die Auflösung der AG, dort die Gründung der GmbH, ist zum Nachweis der ersteren die öffentliche Urkunde über die Generalversammlung, welche den entsprechenden Beschluß faßte, beizulegen (OR 736 Ziff. 2). Diese Urkunde braucht aber nicht zu enthalten die Generalversammlungsbeschlüsse betreffend die Fest-

¹³⁵ Vgl. auch Schucany OR 749 N 2/4.

Ein anderes Verfahren schlägt von Steiger (Prüfung 88ff., AG 346f.) vor. Dieses ist jedoch m. E. der Gefahr einer gerichtlichen Anfechtung ausgesetzt, da es mit OR 749 III nicht ganz im Einklang steht und u. U. zu einer gewissen Beeinträchtigung der Interessen der einen oder anderen bisherigen AG oder einzelner Aktionärgruppen führen könnte. Für den HRegF ist dies aber unbeachtlich.

¹³⁶ Vgl. auch Jaquerod/von Steiger Nr. 271/272.

¹³⁷ Siehe vorn S. 102; Jaquerod/von Steiger Nr. 290; von Steiger AG 351.

¹³⁸ a. M. von Steiger Prüfung 90 und à Wengen «Die Umwandlung einer AG in eine GmbH» in ZSR 1940, 43.

setzung des Stammkapitals der GmbH und die Genehmigung der Bilanz gemäß OR 825 II¹³⁹.

3. Neben dem normalen Inhalt muß aus dem öffentlich beurkundeten Gründungsakt der GmbH noch ersichtlich sein, daß das Stammkapital derselben nicht geringer ist, als das Grundkapital der AG (OR 824 Ziff. 1) und mindestens zwei Dritteile des bisherigen Aktienkapitals sich an der neuen Gesellschaft beteiligen (OR 824 Ziff. 3)¹⁴⁰.

Wie die übernommene AG bei der Fusion (OR 748 Ziff. 7) dürfte nach OR 826 V auch bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH die aufgelöste Gesellschaft erst gelöscht werden, nachdem die Gläubiger, welche die neue Gesellschaft als Schuldnerin nicht annehmen, befriedigt oder sichergestellt worden sind. Diese Vorschrift ist hier so unzumutbar und unverständlich wie bei der Fusion, geht doch nach OR 826 I das Vermögen der aufgelösten AG mit der Eintragung der GmbH ohne weiteres auf diese über (Universalsukzession), d.h. die Befriedigung und Sicherstellung der ihre Forderungen anmeldenden Gläubiger kann in jedem Fall nur durch die GmbH erfolgen¹⁴¹. Es soll daher bei der Löschung einer AG anlässlich ihrer Umwandlung in eine GmbH in gleicher Weise verfahren werden dürfen wie im Falle der Annexion¹⁴².

¹³⁹ Die Höhe des Stammkapitals ergibt sich aus den Gründungsakten der GmbH. OR 825 II dient ausschließlich den Interessen der Aktionäre und ist somit vom HRegF nicht zu berücksichtigen. Er benötigt höchstens eine summarische Übernahmebilanz, wie sie bei Übernahme der Aktiven und Passiven eines Geschäftes üblich ist (siehe vorn S. 51 N 25 und S. 63 bei N 71). a. M. jedoch von Steiger Prüfung 90 und 91 lit. cc und Jaquerod/von Steiger Nr. 290.

¹⁴⁰ Eine generelle Feststellung, daß alle Bedingungen der Art. 824 und 825 OR beobachtet worden sind, hat die öffentliche Urkunde nicht zu enthalten, denn die Vorschriften von OR 824 Ziff. 2 und OR 825 sind lediglich mit Rücksicht auf die Interessen der bisherigen Aktionäre aufgestellt worden. Sie bilden daher keine Eintragsvoraussetzung. – a. M. Jaquerod/von Steiger Nr. 290.

¹⁴¹ von Steiger Prüfung 91, AG 351.

¹⁴² Siehe vorn S. 102f. – Wie bei der Annexion (siehe vorn S. 103 N 133) wird auch bei der Umwandlung in eine GmbH in Jaquerod/von Steiger Nr. 291 eine andere Ansicht vertreten. Ganz unzutreffend ist die Behauptung à Wengens in ZSR 1940, 43, die Befriedigung oder Sicherstellung der dies verlangenden Gläubiger der AG bilde eine vom HRegF zu prüfende Voraussetzung für die Eintragung der *Auflösung* der AG.

3. Andere Umwandlungen

Die einhellige Antwort von Literatur und Praxis – eine gesetzliche Grundlage fehlt – auf die Frage, ob eine AG ohne Liquidation auch in ein anderes rechtliches Gebilde umgewandelt werden kann, lautet: Soll eine AG in eine Genossenschaft, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder eine andere Unternehmungsform umgewandelt werden, so ist dies nur möglich auf dem Wege der Auflösung und Liquidation der AG, wobei ihre Aktiven und Passiven durch das an ihrer statt neu geschaffene Rechtsgebilde übernommen werden (OR 181). Eine Ausnahme bildet nur die Umwandlung einer AG in den ihr nahe verwandten Gesellschaftstyp der Kommanditaktiengesellschaft und umgekehrt; sie kann durch bloße Statutenänderung geschehen¹⁴³. Registerrechtliche Besonderheiten im Zusammenhang mit den die AG betreffenden Anmeldungen zeigen sich somit nicht¹⁴⁴.

4. Übernahme einer AG durch eine Körperschaft des öffentlichen Rechts

Keinerlei registerrechtliche Schwierigkeiten bieten sich, wenn eine AG gemäß OR 751 auf dem Wege der Universalsukzession durch den Bund, einen Kanton oder unter Garantie des Kantons durch einen Bezirk oder eine Gemeinde übernommen wird, weil das OR wegen der in der öffentlichen Körperschaft liegenden Garantie von der Anordnung besonderer Sicherheitsmaßnahmen zu Gunsten der Gläubiger absieht. Die Anmeldung beim Handelsregister erfolgt durch Verwaltung der zu übernehmenden Gesellschaft (OR 737, HRegV 88) unter Beilage einer beglaubigten Kopie des Übernahme-

¹⁴³ Kreisschr. 1940 Ziff. 10;

His OR 937 N 34 und OR 938 N 48;

von Steiger AG 300f. und 348;

Siegwart E. N. 62, 75, 85, 99;

Schucany OR 750 N 4 und dortige Zitate.

¹⁴⁴ a. M. Jaquero/von Steiger Nr. 231, wo verlangt wird, daß bei Übernahme von Aktiven und Passiven einer aufgelösten AG durch einen Aktionär oder einen Dritten in der öffentlichen Urkunde über die die Auflösung beschließende Generalversammlung auch die Beendigung der Liquidation und die Abtretung der Aktiven und Passiven an den betreffenden Aktionär oder Dritten festgestellt werde. Eine einfache diesbezügliche Erklärung der Anmeldenden dürfte auch hier m. E. genügen (siehe vorn S. 95 ff.).

vertrages und der öffentlichen Urkunde über den von der Generalversammlung gefaßten Beschluß, betreffend die Zustimmung zu diesem Vertrag und Auflösung der AG (OR 736 Ziff. 2, 751 II). Gelöscht wird die Gesellschaft gleichzeitig mit der Eintragung ihrer Auflösung (OR 751 III). Das Eintreffen der steuerbehördlichen Zustimmungserklärungen braucht nicht abgewartet zu werden¹⁴⁵.

§ 7. Eintragung von Zweigniederlassungen

I. Sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsregisters

Errichtet eine AG eine Zweigniederlassung, so werden deren Eintragungsbedürftigkeit oder Eintragungsfähigkeit und das Handelsregisteramt, welches die Registrierung zu vollziehen hat, durch die gleichen registerrechtlichen Vorschriften bestimmt, wie sie für die Zweigniederlassungen anderer Unternehmensformen gelten. Somit kann auch die Zweigniederlassung¹ einer AG nur eingetragen werden, wenn die Gesellschaft als solche an ihrem statutarisch bestimmten Hauptsitz eingetragen ist (OR 935 I) und es sich bei der Zweigniederlassung um einen Gewerbebetrieb i. S. von HRegV 52 III²

¹⁴⁵ von Steiger Prüfung 83f., AG 333ff. und in SAG 1945/46, 23ff.; Guhl 480; Schucany OR 751 N 1/4.

¹ Zum Begriff der Zweigniederlassung – er ist ein solcher des materiellen Zivilrechts und wurde mangels Legaldefinition durch Doktrin und Praxis, insbesondere das Bundesgericht näher bestimmt – vgl.: BGE 18 S. 436, 50 II 507, 56 I 123, 56 I 364, 59 I 32, 61 I 303, 68 I 107; Stampa Nr. 57, 60, 61, 63; Burckhardt III Nr. 1541; Verw. Entsch. Heft 1 Nr. 33; Couchepin Nr. 59/61; Denzler 53; von Steiger Prüfung 49ff., AG 302ff. und in SJK Karte Nr. 43; His OR 935 N 1/24; Siegwart OR 642 N 12/28; Schucany OR 642 N 1; Brand in ZBH 1928, 102ff.

Bemerkt sei immerhin, daß im Anmeldungsfall das Vorhandensein einer Zweigniederlassung i. S. des OR bzw. die Absicht eine solche zu errichten an sich kaum je zu bezweifeln ist. Der zur Eintragung zuständige HRegF hat daher in der Regel nur zu prüfen, ob die Anmeldung und die einzureichenden Belege nach Form und Inhalt den gestellten Anforderungen genügen (von Steiger Prüfung 52, AG 308).

² Zum Begriff des Gewerbebetriebes i. S. von HRegV 52 III vgl.: Burckhardt III Nr. 1498 II; Verw. Entsch. Heft 3 Nr. 48; His OR 934 N 13ff. und OR 935 N 25.

und 53 handelt (HRegV 69). Ob sie eintragsbedürftig oder eintragsfähig ist ergibt sich aus HRegV 53/56. Die Eintragung hat also keine konstitutive Bedeutung.

Örtlich zuständig zur Entgegennahme der Anmeldung und Vorname der Eintragung ist jener Registerbezirk, in dem der Ort liegt, an welchem die Zweigniederlassung ihren Geschäftssitz hat (OR 935, 642, HRegV 72 I)³. Dem HRegF des Hauptsitzes wird von Amtes wegen ein Auszug der Eintragung zur Vormerknahme übermittelt (HRegV 76).

II. Zuständigkeit der anmeldenden Personen

Die Beantwortung dieser Zuständigkeitsfrage hängt davon ab, ob sich der Hauptsitz der AG in der Schweiz oder im Ausland befindet und, wenn der letztere Fall zutrifft, ob es sich um die erste oder um eine weitere schweizerische Zweigniederlassung der ausländischen AG handelt.

Zur Anmeldung der Zweigniederlassung einer schweizerischen AG verlangt OR 642 II ausdrücklich die Unterzeichnung durch die mit der Vertretung betrauten Mitglieder der Verwaltung. Im Unterschied zur Anmeldung der AG selber⁴ bestimmt daher HRegV 72 II lit. c, die Anmeldung sei zu unterzeichnen durch ein Mitglied der Verwaltung, das Einzelunterschrift führe, oder durch zwei Kollektivunterschrift führende Mitglieder derselben⁵. Keiner der Anmeldenden braucht somit Präsident, Vizepräsident oder Sekretär des Verwaltungsrates zu sein.

Dagegen muß die Eintragung der ersten Zweigniederlassung einer AG, deren Hauptsitz sich im Ausland befindet, ihrer Form nach der Eintragung einer neugegründeten schweizerischen AG an ihrem statutarischen Sitz entsprechen (HRegV 75 I). Die Anmeldung beim schweizerischen Handelsregister hat daher durch die in HRegV 22

³ His OR 935 N 32.

⁴ HRegV 22 II; siehe auch vorn S. 47.

⁵ Kreisschr. 1940 Ziff. 2.

Die Anmeldung von Zeichnungsberechtigten am Sitze der Zweigniederlassung bedarf bei Aktiengesellschaften nicht notwendig der Unterschrift von zwei Verwaltungsratsmitgliedern; an die Stelle des einen Mitgliedes kann der Sekretär der Verwaltung treten, sofern er unterschreibsberechtigt ist (Verw. Ber. des RegR Basel-Stadt 1942, 27, ZBGR 1944, 59).

II genannten Verwaltungsratsmitglieder der ausländischen AG zu geschehen. Für die Anmeldung weiterer Zweigniederlassungen jedoch, welche die ausländische AG in der Schweiz errichtet, sind wiederum die in HRegV 72 II lit. c aufgeführten Mitglieder der Verwaltung zuständig (HRegV 75 III).

Diese Regelung der Zuständigkeit gilt in gleicher Weise auch für Änderungen und Löschungen der eingetragenen Zweigniederlassungen (HRegV 72 I, 77 I) soweit hiebei nicht Eintragung von Amtes wegen erfolgt (HRegV 73, 74, 77 II) oder es sich nur um Änderungen geringfügiger Natur (HRegV 25)⁶ handelt.

III. Anmeldungsbelege

Der Anmeldung der Zweigniederlassung einer schweizerischen AG und der ihr in der registerrechtlichen Behandlung gleichgestellten «weiteren» schweizerischen Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (HRegV 75 III) sind gemäß HRegV 72 III beizulegen:

1. ein Auszug⁷ aus dem Handelsregister der Hauptniederlassung (i.e. statutarischer Sitz der AG) bzw. der ersten schweizerischen Zweigniederlassung i. S. von HRegV 75 I⁸;

2. ein durch den HRegF der Hauptniederlassung oder notariell beglaubigtes Exemplar der Statuten;

3. ein gemäß HRegV 28 beglaubigter Auszug aus dem Protokoll des zuständigen Gesellschaftsorgans (Generalversammlung oder Verwaltungsrat)⁹, das den Beschluß über die Errichtung der Zweigniederlassung, die Bestellung der Vertreter¹⁰ derselben, gegebenen-

⁶ Siehe vorn S. 77.

⁷ Der Auszug erübrigt sich natürlich, wenn Haupt- und Zweigniederlassung im gleichen Registerbezirk liegen.

⁸ Die erste Zweigniederlassung eines Unternehmens mit Hauptsitz im Ausland wird in registerrechtlicher Hinsicht einer schweizerischen Hauptniederlassung gleichgestellt (Jaquerod/von Steiger Nr. 161 N 2).

⁹ Enthalten die Statuten keine besonderen Bestimmungen, so wird der Verwaltungsrat als das zuständige Organ betrachtet (SAG 1934/35, 49; von Steiger Prüfung 52, AG 305).

¹⁰ Im Gegensatz zur früheren Praxis brauchen heute die Vertreter der Filiale nicht mehr unbedingt eine eintragungsfähige Vollmacht zu haben, die Bestellung eines Handlungsbevollmächtigten i. S. von OR 462 kann genügen (Kreisschr. 1937 Ziff. 20 Abs. 5/6; von Steiger Prüfung 50, AG 305; His OR 935 N

falls unter Beschränkung ihrer Vollmacht auf den Geschäftskreis der Filiale (OR 460, 718 II, HRegV 71 lit.f), und die Art ihrer Zeichnung enthält.

Aus diesen Belegen kann der HRegF in der Regel alle Tatsachen und Rechtsverhältnisse ersehen, die nach HRegV 71 den Inhalt der Eintragung zu bilden haben. Einzig die Personalien der Vertretungsberechtigten und das Geschäftslokal sind u. U. nicht darin enthalten und bedürfen der besonderen Erwähnung in der Anmeldung¹¹.

Für die erste schweizerische Zweigniederlassung einer AG, deren Hauptsitz im Ausland liegt, gelten besondere Bestimmungen. Ihre Eintragung muß, sofern das ausländische Recht keine Abweichung nötig macht (OR 935 II), nach Form und Inhalt einer schweizerischen Hauptniederlassung entsprechen (HRegV 75 I), um den in das Handelsregister Einsichtnehmenden analoge Orientierungsmöglichkeiten zu bieten, wie sie ihnen bei Eintragungen schweizerischer Firmen zur Verfügung stehen.

Diese Vorschrift will somit besagen, daß die Anmeldung nicht nur die in HRegV 71 aufgezählten Tatsachen bezüglich der Zweigniederlassung sondern auch alle in OR 641 vorgesehenen Tatsachen und Rechtsverhältnisse bezüglich der AG selbst enthalten muß. Nach der Ansicht von Steigers¹² kann dabei auf die Angabe des Publikationsorgans verzichtet werden, «wenn nachgewiesenermaßen das betreffende ausländische Recht keine öffentliche Bekanntmachung vorschreibt. Es wird sich meistens auch nicht empfehlen, Sacheinlagen und Sachübernahmen in die Eintragung aufzunehmen. Ein Interesse dafür besteht kaum bei der Eintragung einer ausländischen Filiale. Wohl aber können Gründervorteile, Genuß-

22). Zu beachten ist, daß auch die bereits am Hauptsitz eingetragenen Bevollmächtigten, sofern sie nicht nur für diesen allein sondern auch für die angemeldete Zweigniederlassung oder gar das ganze Unternehmen zeichnungsberechtigt sind, beim Handelsregister der Zweigniederlassung zur Eintragung gemäß HRegV 71 lit.f anzumelden sind (siehe vorn S. 69 Ziff. 2; Mitt. des Eidg. HRegAmtes in SHAB 1941 Nr. 63).

Zu achten ist auch auf die weitere materiellrechtliche Bestimmung, daß für jede schweizerische Filiale einer ausländischen Gesellschaft zumindest ein in der Schweiz wohnhafter Handlungsbevollmächtigter mit dem Recht ihrer geschäftlichen Vertretung bestellt sein muß (OR 935 in fine; Kreisschr. 1937 Ziff. 20 Abs. 5/6; His OR 935 N 42).

¹¹ HRegV 40 und 42; siehe auch vorn S. 69 Ziff. 2 und S. 71 Ziff. 6.

¹² von Steiger Prüfung 54, AG 308.

scheine und dergleichen wesentlich sein.» Ergeben sich nicht alle einzutragenden Tatsachen aus den drei in HRegV 72 III aufgeführten, bei jedem Filialneueintrag unerläßlichen Anmeldebelegen, so sind die fehlenden Fakta in der für die Dokumentierung der Anmeldung einer neugegründeten schweizerischen AG vorgeschriebenen Form zu belegen. So wären beispielsweise notwendig ein spezieller beglaubigter¹³ Ausweis über die Zusammensetzung der Verwaltung und die zur Ausübung der Vertretung befugten Personen, oder ein beglaubigter Buchauszug bzw. eine notarielle Bescheinigung betreffend die Höhe des auf das Grundkapital einbezahlten Betrages, wenn der Auszug aus dem Handelsregister der ausländischen Hauptniederlassung keine oder ungenügende diesbezügliche Angaben enthielte, oder am Orte der Hauptniederlassung überhaupt keine dem schweizerischen Handelsregister entsprechende Einrichtung bestünde und statt eines mehr oder weniger ausführlichen Handelsregisterauszuges lediglich ein amtlicher Nachweis darüber beigebracht werden könnte, daß die Gesellschaft nach den an ihrem Sitze geltenden Vorschriften zu Recht besteht und ihrer Konstituierung nach im wesentlichen einer schweizerischen AG entspricht (HRegV 75 II)¹⁴

§ 8. *Änderungseintragungen bei Zweigniederlassungen*

I. Änderungen

Bei den Zweigniederlassungen schweizerischer Gesellschaften und den «weiteren» schweizerischen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften sind drei Arten von Änderungen zu unterscheiden:

1. Änderungen am Hauptsitz (bzw. bei der ersten schweizerischen Zweigniederlassung einer ausländischen AG), welche die Zweigniederlassung nicht betreffen, sind beim Handelsregister der letzteren nicht anzumelden. Von solchen Änderungen hat der HRegF der Hauptniederlassung dem Handelsregisteramt der Filiale von Amtes wegen eine Abschrift seiner Eintragung zukommen zu lassen, unter gleichzeitiger Übermittlung einer von ihm oder notariell beglaubig-

¹³ Die im Ausland vollzogenen Beglaubigungen haben den Anforderungen von HRegV 30 zu genügen; siehe vorn S. 57.

¹⁴ von Steiger a. a. O.

ten Abschrift der neuen Statutenbestimmungen¹, wenn es sich um eine Revision der Statuten handelt (HRegV 73)². Diese Änderungen werden vom HRegF am Sitz der Zweigniederlassung gemäß HRegV 74 von Amtes wegen – jedoch nur summarisch – eingetragen und vorgemerkt.

2. Änderungen am Hauptsitz, die zugleich eine jener Tatsachen betreffen, die gemäß HRegV 71 den Inhalt des Filialeintrages bilden, sind auch im Register der Zweigniederlassung voll einzutragen, und zwar auf Grund einer nach HRegV 72 II lit. c unterzeichneten Anmeldung bei diesem Register³. Als Anmeldungsbeilage genügt ein Auszug aus dem Register der Hauptniederlassung. Handelt es sich um eine Statutenrevision, die in das Register der Filiale einzutragen ist (HRegV 71 lit. a und d), so kommt zum Handelsregistrauszug noch eine beglaubigte Abschrift der neuen Statutenbestimmungen⁴.

3. Änderungen, welche nur die Zweigniederlassung betreffen, sind nur beim Handelsregister der Filiale anzumelden und einzutragen.

Bei den ersten schweizerischen Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften ist jede Änderung der eingetragenen Tatsachen oder der Statuten zur Eintragung anzumelden (OR 937, HRegV 59). Für das Verfahren sind – wie beim Neueintrag – auch hier die sich aus HRegV 75 ergebenden Richtlinien maßgebend⁵.

II. Löschung

Die Löschung einer Zweigniederlassung ist anzumelden, wenn deren Geschäftsbetrieb aufgehört hat (HRegV 77 I). Die tatsächliche Betriebseinstellung bildet also die entscheidende Löschungsvoraussetzung, d.h. der HRegF hat die Löschung zu vollziehen ohne Rücksicht darauf, ob noch Verbindlichkeiten aus dem Geschäfts-

¹ Die nötigen Abschriften sind von den anmeldenden Personen dem HRegF der Hauptniederlassung zur Verfügung zu stellen (HRegV 73 II).

² Kreisschr. 1937 Ziff. 20 Abs. 3.

³ Kreisschr. 1937 Ziff. 20 Abs. 1.

⁴ Kreisschr. 1937 Ziff. 20 Abs. 2.

⁵ Siehe vorn S. 111 f.

betrieb bestehen⁶. Ein Auflösungs- und Liquidationsstadium gibt es bei der Zweigniederlassung nicht⁷.

Um die Löschung zu beantragen genügt somit als Beilage zur Anmeldung ein beglaubigter Auszug aus dem Protokoll des zuständigen Gesellschaftsorgans, das den Beschluß über die Aufhebung der Zweigniederlassung enthält (Angabe des Lösungsgrundes, HRegV 33 I, 71 III). Kommt es zur Einstellung des Geschäftsbetriebes der Zweigniederlassung, weil die AG selbst aufgelöst und in Liquidation getreten ist, so ist der Anmeldung⁸ beim Handelsregister der Zweigniederlassung ein entsprechender Auszug aus dem Register des Hauptsitzes beizufügen.

Von Amtes wegen erfolgt die Löschung nur,

1. wenn der Geschäftsbetrieb der Zweigniederlassung einer schweizerischen AG aufgehört hat, die zur Anmeldung verpflichteten Personen sich aber weigern oder nicht mehr in der Lage sind, die Löschung zu beantragen (Verfahren gemäß HRegV 60);

2. wenn amtlich festgestellt ist, daß der Geschäftsbetrieb der schweizerischen Zweigniederlassung einer AG mit Hauptsitz im Ausland aufgehört hat, und die Hauptniederlassung der Aufforderung des HRegF zur Löschung der Zweigniederlassung nicht nachkommt oder selbst erloschen ist (HRegV 77 II lit. b)⁹.

3. wenn eine schweizerische AG als solche an ihrem Hauptsitz von Amtes wegen gelöscht worden ist, gestützt auf eine diesbezügliche Mitteilung des HRegF des Hauptsitzes (HRegV 77 II lit. a)¹⁰.

Die Löschung der Zweigniederlassung wird vom HRegF jeweilen gemäß HRegV 76 zur Vormerknahme dem Handelsregisteramt der Hauptniederlassung gemeldet.

⁶ Vorbehalten bleibt die öffentlichrechtliche Sonderregelung zu Gunsten des eidg. Fiskus, wonach der HRegF die Löschung von Filialen ausländischer Unternehmungen nur mit ausdrücklicher Zustimmung der zuständigen kantonalen Wehrsteuerverwaltung vornehmen darf (siehe vorn S. 96 N 98).

⁷ von Steiger Prüfung 56, AG 311; SJK Karte Nr. 43 in fine; SAG 1935/36, 63. Ein Geschäftsgläubiger ist somit nicht berechtigt, Einsprache gegen die Löschung einer Filiale einer AG zu erheben (SAG 1928/29, 22f.).

⁸ Die Anmeldung ist Sache der Liquidatoren, sofern solche bestimmt worden sind (Jaquerod / von Steiger Nr. 255, Anm.).

⁹ Nicht publ. Ur. des BGer. vom 11. Sept. 1935 i. S. Curt Pichler gegen Genf in Couchepin Nr. 122.

¹⁰ Siehe vorn S. 76 N 12.

2. Kapitel:

Prüfung der materiellen Eintragungsvoraussetzungen

§ 9. Allgemeines

Wie bereits in der Schlußbemerkung zum 1. Teil angedeutet, kann bei den Ausführungen über die Prüfung der materiellen Voraussetzungen für die bei der AG vorkommenden Eintragungen nicht nach der anläßlich der Behandlung der formellen Kognition angewandten Methode vorgegangen werden. Anstoß dazu bildet einerseits die Verschiedenheit der Prüfungsobjekte; während bis anhin eine bestimmte von Gesetz und Verordnung festgelegte Anzahl formeller Eintragungserfordernisse Gegenstand der handelsregisterlichen Prüfung war, bildet nunmehr eine unerschöpfliche Vielfalt von den Beteiligten angestrebter oder getroffener Maßnahmen und Regelungen tatsächlicher oder rechtlicher Natur und die Frage ihrer Zulässigkeit im Rahmen der materiellen Rechtsordnung das Objekt der Prüfung. Der andere Grund für das abweichende Vorgehen liegt darin, daß im Gegensatz zur Prüfung der registerrechtlichen Voraussetzungen die Entscheidungsbefugnis der Registerbehörden in materiellrechtlichen Fragen eine beschränkte ist.

Da die Abklärung von Fragen des materiellen Rechts selbst nicht zur Aufgabe dieser Arbeit gehört und deren Rahmen sprengen würde, wird im folgenden grundsätzlich darauf verzichtet, im einzelnen auf all die materiellen Eintragungsvoraussetzungen, wie sie sich in den konkreten Registrierungsfällen in ständig wechselnder Art und Gruppierung dem HRegF präsentieren können, einzutreten. Das Hauptaugenmerk sei vielmehr gerichtet auf die Prüfungsintensität. An die allgemeinen Kognitionsgrundsätze anknüpfend, soll unter Berücksichtigung der besonderen Eigenschaften der AG präzisiert werden, inwiefern der HRegF die hier vorkommenden Anmeldungen und Einträge als gegen die materielle Rechtsordnung verstoßend beanstanden darf. Die innern und äußern Voraussetzungen, welche die AG charakterisieren und sie von anderen Personenverbindungen unterscheiden, sind ausschließlich zivilrechtlicher Natur. Nur im zivilrechtlichen Bereiche treten jene besonderen Merkmale in Erscheinung, welche es ermöglichen, die Anmeldungen und Einträge ihrem rechtlichen Gehalte nach zu gruppieren und anhand dieser Gruppierung die angestrebte – in der Formulierung zwischen

der allgemeinen Umschreibung der materiellen Kognition und der Bestimmung der Prüfungskompetenz im konkreten Fall liegende – auf das besondere Wesen der AG ausgerichtete und für alle Registrierungsfälle gültige Abgrenzung der Kognition vorzunehmen.

Den Verlauf dieser Grenze festzustellen sei unter § 11 dieses Kapitels versucht. Dagegen kann darauf verzichtet werden, auch auf die Prüfungsintensität in den andern Prüfungsbereichen einzutreten, führte hier doch der Versuch einer ähnlichen generellen Grenzziehung mangels besonderer aktienrechtlicher Charakteristika lediglich zu einer Wiederholung von bereits Gesagtem¹.

§ 10. Prüfung auf Wahrheit

(Das Problem der Sachübernahme und seine Behandlung durch die Handelsregisterbehörden)

An die den Handelsregisterbehörden hinsichtlich der Prüfung der Anmeldungen und Einträge auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit gesetzten Schranken muß einzig deshalb nochmals erinnert werden, weil sich in der derzeitigen Praxis die Tendenz offenbart, bei der Prüfung gewisser Gesellschaftseintragungen diese Grenzen zu überschreiten.

Festzuhalten ist, daß auch hier der HRegF die sich aus der Anmeldung und den Belegen ergebende Darstellung einer Sachlage grundsätzlich als wahr hinzunehmen hat, und nur dann berechtigt ist, von den Anmeldenden zusätzliche, über die nach Registerrecht erforderlichen Dokumente hinausgehende Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen einzufordern, wenn er besondere Veranlassung hat, an der Wahrhaftigkeit der gemachten Angaben zu zweifeln¹.

So hat er z. B. – um nur das eine in Literatur und Praxis besonders umstrittene Problem der Sachübernahme (OR 628 II, 650 II, HRegV 81 II) herauszugreifen – die korrekte und zu keinerlei Zweifeln Anlaß gebende Anmeldung einer Bargründung² vorbehaltlos als der Wahrheit entsprechend zu akzeptieren. Nur wenn zumindest über-

¹ Siehe daher zur Prüfung der öffentlichrechtlichen Voraussetzungen vorn S. 33 ff., zur Prüfung auf Täuschungsgefahr vorn S. 41 ff.

¹ Siehe vorn S. 39.

² bzw. einer Kapitalerhöhung mit Bareinzahlung.

zeugende Indizien³ auf eine Verheimlichung oder Verschleierung von Sachübernahmen hinweisen und daher die Wahrhaftigkeit der auf Bargründung lautenden Anmeldung ernstlich in Zweifel gezogen werden muß, ist der HRegF berechtigt, von den Anmeldenden zur Klarlegung der tatsächlichen Verhältnisse geeignete Nachweise zu verlangen. Nachweise anhand derer er vorerst im Rahmen seiner Kognitionskompetenzen in Fragen des materiellen Zivilrechts zu beurteilen vermag, ob die von ihm hinter der angemeldeten Bargründung vermutete Übernahmegründung wirklich vorliegt oder nicht, um alsdann auf Grund des Ergebnisses dieser Prüfung zu entscheiden, daß das Eintragungsbegehren, weil mit der Wirklichkeit im Widerspruch stehend (und zugleich offensichtlich und unzweideutig gegen die gesetzlichen Bestimmungen betreffend die Übernahme von Vermögenswerten verstoßend), zurückzuweisen bzw., weil wahr (und die Sachübernahmevorschriften nicht verletzend), ihm zu entsprechen sei.

Voraussetzung dieser Prüfung ist also auch, daß sich der HRegF über den Begriff der Sachübernahme im klaren sein muß. Dieser Begriff, dessen Abgrenzung der Gesetzgeber auch im rev. OR der Praxis überlassen hat⁴, ist bekanntermaßen recht umstritten, werden doch drei verschiedene Auffassungen vertreten:

1. Nach der Definition des Eidg. JPD in seinem Entscheid vom 9. Januar 1923⁵ liegt eine Übernahmegründung dann vor, wenn die

³ Indizien für das Vorliegen einer verheimlichten oder verschleierten Übernahmegründung können insbesondere sein:

a) Die Statuten weisen Bestimmungen auf, wonach die AG ein bestehendes Geschäft mit Aktiven und Passiven übernehmen und fortsetzen oder bestimmte Liegenschaften, Patente, bereits bestehende Produktionsanlagen, Betriebseinrichtungen, Warenlager oder andere Vermögenswerte, die als charakteristische Übernahmeobjekte zu betrachten sind, erwerben soll.

b) Der Lieferant einer als Übernahmeobjekt geeigneten Sache, welche die Gesellschaft zu erwerben beabsichtigt, ist selber Aktionär oder gar Verwaltungsrat oder hat durch seine Strohänner oder auf andere Weise einen maßgeblichen Einfluß auf die AG.

c) Das bei der Gründung ausgewiesene und bei der kantonalen Depositenstelle hinterlegte Barkapital ist in seiner Gänze oder zu einem wesentlichen Teil nur durch relativ kurzfristige Darlehen beschafft worden.

⁴ Othmar Lehner «Die Übernahmegründung und deren Eintragung ins Handelsregister» (SJZ 1948, 133ff. und 152ff., speziell S. 134).

⁵ In Burckhardt III Nr. 1522 IV und SJZ 1924/25, 8; vgl. auch Burckhardt III Nr. 1522 I.

Gründer einer AG *vor* deren Errichtung mit Aktionären oder Drittpersonen für die zu gründende Gesellschaft einen Vertrag betreffend die Übernahme von Vermögenswerten (Überlassungsvertrag) geschlossen haben, derart, daß die Gesellschaft mit diesen Vermögenswerten oder mit einem Anspruch auf Erlangung derselben ausgerüstet ins Leben tritt und folgerichtig das in den Statuten festgesetzte Grundkapital um den im Überlassungsvertrag vereinbarten Gegenwert der übernommenen Gegenstände verkürzt wird. Wenn aber zwischen der zu gründenden Gesellschaft und dem Eigentümer des Übernahmeobjektes keine rechtliche Bindung besteht, liegt keine Übernahmegründung vor. Diese Umschreibung deckt sich mit der allgemeinen Auffassung in der Literatur⁶. Sie ist auch vom Bundesgericht übernommen worden in BGE 58 II 151⁷ und BGE 59 II 434⁸. Im letzteren Entscheid wird als maßgeblicher Zeitpunkt, bis zu welchem Übernahmehesäfte nach den Formen der Übernahmegründung behandelt werden müssen, der Eintrag im Handelsregister bezeichnet. In BGE 58 II 151 hingegen wird die Ansicht vertreten, eine Sachübernahme liege nur dann vor, wenn sie spätestens in der konstituierenden Generalversammlung bzw. anlässlich des Errichtungsaktes beschlossen wurde.

2. Eine grundsätzlich andere Auffassung geht dahin, daß auch dann eine Übernahmegründung angenommen werden müsse, wenn die Gründer zwar eine Übernahme erst nach dem Eintrag der AG im Handelsregister stipulieren, diese aber schon vorher einigermaßen fest beabsichtigten, jedoch ohne die AG irgendwie in rechtlicher Beziehung zu binden, und – vor allem auf Grund der jeweiligen vorliegenden ökonomischen Situation – eine fast sichere Aussicht auf Verwirklichung dieser Absicht besteht⁹.

⁶ Wieland II 67; Schucany OR 628 N 4, der sich aber selbst widerspricht und in Nota 6 zu OR 753 doch wieder den erweiterten Sachübernahmebegriff befürwortet; Karl Huber 56; Alfred Wieland «Die Sachübernahmegründung in der bundesgerichtlichen Praxis» (SJZ 1949, 33 ff. und 51 ff.) und «Die verschleierte Apportgründung in Theorie und Praxis des schweiz. Aktienrechts» (Basler Studien zur Rechtswissensch. Nr. 28, Basel 1949) und dort zit. Lit.

⁷ Vgl. auch Nicht publ. Urt. des BGer. vom 2. Mai 1933 i. S. Baggerei Tuggen AG gegen Eidg. HRegAmt (SAG 1933/34, 5 ff.).

⁸ Dieser Entsch. wird übrigens bei Guhl 424 f., Karl Huber 108 f., Schucany OR 753 N 6 und Ulrich Wehrli 80 unzutreffenderweise als Zustimmung zum erweiterten Sachübernahmebegriff interpretiert.

⁹ Ulrich Wehrli 72 und 79;

3. Nach einer dritten, vermittelnden Ansicht¹⁰ liegt eine Übernahmegründung zumindest dann vor, wenn bis zum Zeitpunkt, da die Gründung abgeschlossen ist (= Eintrag im Handelsregister), jene Mitglieder des Verwaltungsrates, welche in ihm direkt oder indirekt die Mehrheit besitzen, im voraus, persönlich und in einer für beide Vertragsparteien rechtsverbindlichen Abrede zum Abschluß eines Übernahmegeschäftes nach der Gründung verpflichtet worden sind und damit die neue AG von Anfang an in rechtlich erfaßbarer Weise belastet haben, sei es, daß sie den Gründern oder mit Wissen der Gründer einem Dritten gegenüber vor der Gründung und im Hinblick auf ihre Wahl als Verwaltungsräte eine derartige Verpflichtung eingegangen sind, oder, daß sie lediglich Beauftragte (Strohmänner) der Gründer oder des Dritten (Lieferanten) sind, bzw., daß die Mittel zur Gründung von diesem Dritten zur Verfügung gestellt werden, so daß die Verwaltungsmajorität bei ihrer Geschäftsführung an dessen Weisungen gebunden ist. Sofern die Gründer und der Verwaltungsrat mehrheitlich identisch sind, wirken sich auch die vor der Eintragung im Handelsregister eingegangenen, persönlichen Verpflichtungen der Gründer im obigen Sinne aus. Für den Sonderfall, daß der Lieferant eines Übernahmeobjektes im Verwaltungsrat direkt oder indirekt über die Mehrheit verfügt, wird von Lehner der Tatbestand der Übernahmegründung unter der Voraussetzung als gegeben erachtet, daß nachgewiesenermaßen schon im Gründungsstadium die Absicht besteht, nach der Gründung ein Eigengeschäft durchzuführen.

An welche dieser drei Definitionen muß der HRegF sich nun halten? – Aus den allgemeinen Grundsätzen über die Prüfung der zivilrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen¹¹ ergibt sich, daß er keinen der beiden erweiterten Sachübernahmebegriffe (Ziffern 2 und

Siegwart OR 628 N 55;

von Steiger Prüfung 25, AG 77;

Schucany OR 753 N 6;

Guhl 424f.;

Karl Huber 108f.;

Max Furler «Die Sachübernahme im Aktienrecht» (SJZ 1949, 133ff.);

Nicht publ. Urt. des BGer. vom 12. Februar 1944 i.S. Société anonyme «Au Foyer Standard» gegen Waadt (SAG 1943/44, 183, SJZ 1949, 36f.);

Verw.Ber. des Justizdep. Basel-Stadt 1944, 22 (ZBGR 1946, 327).

¹⁰ Sie wird vertreten von Othmar Lehner a. a. O., insbesondere S. 153f.

¹¹ Siehe vorn S. 26ff.

3 obiger Gegenüberstellung), sondern einzig und allein die unbestrittene, engste Umschreibung in Ziff.1 seiner Entscheidung zu Grunde legen darf.

Es ist somit nicht angängig, wenn gewisse HRegF bei jeder Bargründung von den Gründern eine ausdrückliche Erklärung verlangen, daß keine verschleierte Übernahmegründung vorliege¹². Errichten sie doch damit – wie Othmar Lehner¹³ richtig bemerkt – ein neues Formerfordernis, «das weder im Gesetz noch in der HRegV vorgesehen ist, das in Zweifelsfällen angezeigt erscheint, aber nicht verallgemeinert werden darf.» Diese neue Eintragungsvoraussetzung ist jedoch nicht nur in formeller Hinsicht widerrechtlich, sie stellt auch einen Einbruch in die Regeln über die handelsregisterliche Prüfung auf Wahrheit dar. Sie bedeutet nichts anderes, als daß grundsätzlich alle den reinen Bargründungen inhärenten, stillschweigenden Versicherungen, es liege keine Übernahmegründung vor, kurzerhand und in Umkehrung der allgemeinen Prüfungsregeln als zu wenig glaubwürdig bezeichnet werden¹⁴.

Überdies wird durch ein solch formalistisches Vorgehen seitens

¹² So verlangt z. B. das HRegAmt Zürich für die Eintragung einer neuen AG die Unterzeichnung folgender gedruckter Erklärung: «Die Gesellschaft hat nicht sowohl die Absicht, in nächster Zukunft von Aktionären oder Dritten bestimmte Vermögenswerte von einer gewissen Bedeutung zu übernehmen, als auch die sichere oder fast sichere Aussicht darauf, diese Absicht zu verwirklichen, z. B. gestützt auf Abmachungen zwischen den Gründern und einzelnen Aktionären oder Dritten, die zwar rechtlich nicht verbindlich sind, die aber trotzdem voraussichtlich werden eingehalten werden.»

¹³ in SJZ 1948, 158f.

¹⁴ Siehe auch vorn S. 29f. und S. 39 Ziff. 2.

Eine Frage für sich ist dabei, worin eigentlich der praktische Nutzen in der Schaffung dieses neuen Formerfordernisses besteht (vorausgesetzt, daß es den HRegBehörden wirklich um die Wahrheit geht und sie den Formalismus nicht dazu mißbrauchen, den Gründern den erweiterten Sachübernahmebegriff aufzudrängen). Ist es doch offensichtlich, daß – wenn schon jeder Anmeldung einer Bargründung mißtraut und damit der allgemeine Kognitionsgrundsatz auf den Kopf gestellt werden soll – dieses Mißtrauen nicht einfach dadurch beseitigt werden kann, daß man die stillschweigende Versicherung durch eine ausdrückliche Erklärung ersetzt; auch eine ausdrückliche Erklärung entbindet den HRegF nicht von der Pflicht, bei Auftauchen begründeter Zweifel an der Glaubhaftigkeit der von den Anmeldenden gemachten Angaben, sich die zur Erhellung des wahren Sachverhaltes zusätzlich erforderlichen Unterlagen zu verschaffen.

des HRegF unter Umständen¹⁵ auf die Gründer in unzulässiger Weise ein Zwang oder zumindest ein gewisser Druck ausgeübt, sich gegen ihren Willen der von der Verwaltungsbehörde vertretenen Ansicht über eine umstrittene und in guten Treuen verschieden beantwortbare (und daher allein vom ordentlichen Richter zu entscheidende) materielle Rechtsfrage anzuschließen. Denn ein Verharren der Gründer auf einer gegenteiligen Rechtsauffassung führte unweigerlich zu lästigen Verzögerungen des Eintragsverfahrens.

Wenn die Handelsregisterbehörden trotz allen Widerständen und Kognitionsschranken immer wieder versuchen, den Anmeldenden einen erweiterten Übernahmebegriff aufzudrängen, so tun sie dies gewiß in der wohlmeinenden Absicht, durch die möglichst weitgehende Ersetzung der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane (OR 754) durch diejenige der Gründer (OR 753) einerseits und die ausgedehntere Publizität andererseits die AG und deren Gläubiger und Aktionäre besser gegen schädigende Sachübernahmen zu schützen. Sie berücksichtigen dabei aber – wie alle Befürworter der erweiterten Übernahmebegriffe – zu wenig,

daß die Ansicht, der Schutz der Öffentlichkeit werde durch eine Verschiebung der Verantwortlichkeit in allen Fällen verbessert, umstritten ist und sogar für bestimmte Fälle eine Verminderung dieses Schutzes behauptet wird¹⁶;

daß in allen Fällen, in welchen die Beteiligten das zu beanstandende Geschäft an sich zwar nicht verheimlichen, dafür aber über den Wert des Übernahmeobjektes (gutgläubig oder absichtlich) irreführende Angaben machen, auch die Anwendung eines erweiterten Übernahmebegriffes nicht viel nützt, da den Handelsregisterbehörden bekanntlich die materielle Überprüfung der Richtigkeit der von den Beteiligten vorgenommenen Bewertung versagt ist¹⁷;

daß in der Anwendung eines zu weit gefaßten Übernahmebegriffs u. U. gar eine erhöhte Gefahr für die zu schützenden Kreise liegen kann, ist doch auch der Fall denkbar, daß die Gründer – womöglich noch durch den HRegF (gegenüber welchem man zuvor hatte durchblicken lassen, es sei die Übernahme dieses und jenes Vermögens-

¹⁵ Vgl. wiederum als Beispiel die offensichtlich die weiteste, überhaupt nur denkbare Umschreibung des Sachübernahmebegriffs visierende Formel des Zürcher HReg. (Siehe vorstehend N 12).

¹⁶ Alfred Wieland in SJZ 1949, 56 N 4.

¹⁷ Siehe vorn S. 51 N 25.

wertes ins Auge gefaßt worden, rechtliche Verpflichtungen bestünden zwar noch keine) unter Hinweis auf den nicht publizierten Entscheid des Bundesgerichts vom 12. Februar 1944¹⁸ dazu genötigt – in den Statuten eine Reihe von «interessanten» Vermögenobjekten aufführen, deren Übernahme zu voraussichtlich äußerst vorteilhaften Bedingungen beabsichtigt sei, und auf diese Weise – da sie in Wirklichkeit überhaupt nicht daran denken, die genannten Transaktionen jemals durchzuführen – zumindest zur irrigen Hoffnung verleiten, die neue AG werde schon bald nach der Gründung über namhafte Reserven verfügen;

daß schließlich auch die AG selber in eine unangenehme Lage kommen kann, wenn sie ein Übernahmegeschäft, dessen Verwirklichung zwar ernsthaft geplant, aber im Zeitpunkt der Gründung noch in keiner Weise vertraglich gesichert ist und daher u.U. ein begründetes Interesse an dessen vorläufigen Geheimhaltung bestehen kann, als Sachübernahme in den Statuten angeben und im Handelsregister publizieren muß und dieses Geschäft nachträglich gar nicht zustande kommt, weil der Unterhandlungspartner sich zurückzieht oder ein Konkurrent, durch die öffentliche Bekanntgabe im Register aufmerksam gemacht, der AG das günstige Übernahmeobjekt wegschnappt oder sonstwie die Übernahme vereitelt¹⁹.

§ 11. Prüfung der zivilrechtlichen Gesetzmäßigkeit

I. Grundsätzliches

Nach der allgemeinen Umschreibung ihrer Kognitionskompetenz haben sich die Handelsregisterbehörden in der Prüfung der zivilrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen folgende Beschränkungen aufzuerlegen:

Ein nachgesuchter oder bestehender Eintrag darf nur beanstandet werden, wenn ein offensichtlicher und unzweideutiger Verstoß gegen eine Gesetzesvorschrift vorliegt, von der unzweifelhaft feststeht, daß sie zwingend ist und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt worden ist. Verletzungen von Bestimmungen dispositiven Rechts oder von Vorschriften, die zwar zwingend sind,

¹⁸ Siehe vorstehend N 9.

¹⁹ In diesem Sinne auch Othmar Lehner in SJZ 1948, 136 N 15.

aber lediglich den Schutz privater Interessen von Beteiligten oder Dritten bezwecken, sind somit für die Handelsregisterbehörden überhaupt nicht beachtlich¹. Desgleichen haben sie sich auch nicht um die Frage zu kümmern, ob ein Generalversammlungsbeschluß statutengemäß zustande gekommen ist oder nicht, «denn die Statuten beruhen auf der Privatautonomie; sie vermögen daher nur verzichtbare Rechte zu erzeugen.»²

Diese allgemeine Abgrenzung setzt voraus, daß der HRegF sich einerseits bewußt ist, auf was die «allgemeinen öffentlichen Interessen» gerichtet sind, und anderseits eine klare Vorstellung hat über das Zwingendsein der gesetzlichen Bestimmungen. Auch im Rechte der AG ist daher vorgängig eine Abklärung dieser Fragen nötig, um die angestrebte, auf das besondere Wesen der AG ausgerichtete Abgrenzung der Kognition ziehen zu können.

Die allgemeinen öffentlichen Interessen verlangen, daß jede AG die minimale Kapitalstruktur sowie das organisatorische und personelle Grundgefüge aufzuweisen hat, wie sie sich einerseits begriffsnotwendig aus der juristischen Natur der AG ergeben und anderseits vom Gesetz als absolut unerläßlich, d.h. durch keinerlei abweichende Dispositionen seitens der Aktionäre und Organe der Gesellschaft ersetzbar, vorgesehen worden sind, um zumindest zwischen den wichtigsten der bei diesem Rechtsinstitut in besonders großer Zahl auftretenden, sich widersprechenden und gegenseitig gefährdenden Interessen verschiedenster Art und Richtung den von ihm als angemessen gewerteten und für unentbehrlich gehaltenen, dauernden Ausgleich herbeizuführen. Die allgemeinen öffentlichen Interessen richten sich somit nur auf einen Teil der in den zwingenden Gesetzesvorschriften niedergelegten Ordnung, die durch Ausgleich die mannigfaltigen Interessengruppen vor einander zu schützen sucht³.

¹ Siehe vorn S. 26 ff.

² von Steiger Prüfung 63 f., AG 199;

derselbe in SAG 1933/34, 121 ff.;

His OR 940 N 34;

Siegwart OR 640 N 18 und dort zit. Entscheide;

BGE 59 I 239; 62 I 22.

³ Die allgemeinen öffentlichen Interessen decken sich also auch nicht mit den Interessen des «Unternehmens an sich», verstehe man diesen – auf den ersten Blick so prägnant und objektiv erscheinenden, bei näherem Zusehen jedoch

In allgemein gültiger Weise den Kreis des öffentlichen Allgemeininteresses noch näher zu umreißen zu versuchen, dürfte müßig sein, wechselt doch sein Umfang je nach der mehr oder weniger freiheitlichen Einstellung der Zeit. Es ist dies für die Kognition des HRegF praktisch auch kaum von Bedeutung, denn gerade er hat ja bei seiner beschränkten Kognition die genaue Linie nicht zu ziehen, darf sie nicht ziehen, da er jedesmal, wenn irgendwo zweifelhaft ist, ob ein allgemeines öffentliches Interesse vorliegt oder nicht, ein solches verneinen muß, eingedenk der Tatsache, daß das OR grundsätzlich auf dem Boden der Privatautonomie steht und nur ausnahmsweise zum absoluten Zwang greift. Diese Grundeinstellung des Gesetzes darf vor allem im Rechte der AG, wo die Normativbestimmungen quantitativ bereits mehr als notwendig überwiegen, unter gar keinen Umständen übersehen werden.

Da diese allgemeinen öffentlichen Interessen sämtlichen privaten Interessen vorgehen, erklärt das Gesetz, daß jede Disposition, welche eine um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellte zwingende Vorschrift⁴ mißachte, nichtig sei und somit von Anfang an keine Wir-

vieldeutig schillernden und darum oft (durch Hineinlegen einer bestimmten Note zu Gunsten dieser oder jener subjektiven Interessenrichtung) mißbrauchten – Ausdruck nun wie man will (vgl. Siegwart E. N. 217/219).

⁴ Diese zwingenden Rechtssätze sind in der Regel in die Form ausdrücklicher gesetzlicher Gebote oder Verbote gekleidet. Ausnahmsweise ergibt sich aber auch ein solches Gebot oder Verbot indirekt aus dem Gesetz: So enthält das OR z. B. keine ausdrückliche Vorschrift über das Stimmrecht im Verwaltungsrat einer AG, aber OR 711 (Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung) setzt stillschweigend und zwingend voraus, daß die statutarische Gewährung eines Pluralstimmrechts an einzelne Verwaltungsratsmitglieder unzulässig ist. «Diese im nationalen Interesse aufgestellte Vorschrift kann ihren Zweck nur erfüllen, wenn die Schweizerbürger dank ihrer Mehrheit in der Lage sind, das nationale Interesse wahrzunehmen; sie bedingt daher notwendigerweise, daß jedes Mitglied über eine Stimme verfügt.» (BGE 71 I 187).

Desgleichen bezieht das OR im Titel über die AG zwar nicht ausdrücklich Stellung zur Frage, ob Zirkulationsbeschlüsse der Aktionäre zulässig seien oder nicht. Aber daraus, daß oberstes Organ jeder Körperschaft die Mitgliederversammlung ist, d. h. die Mitglieder ihr Stimmrecht grundsätzlich nur in ihr ausüben können, und daß folglich die ausdrücklichen Vorschriften, die für den Verein (ZGB 66 II), die GmbH (OR 808 II) und die Genossenschaft (OR 880) an Stelle der Beschlußfassung in der Mitgliederversammlung unter gewissen Voraussetzungen auch schriftliche Abstimmungen zulassen, offensichtlich eine Ausnahme statuieren, muß der Schluß gezogen werden, daß der Gesetzgeber durch Weglassung einer entsprechenden Bestimmung im Aktienrecht Zirku-

kungen entfalten könne (OR 19/20 in Verbindung mit ZGB 7)⁵. Eine derartige, keinerlei rechtliche Wirkungen zeitigende Disposition kann daher auch nicht Gegenstand eines Handelsregistereintrages sein; der HRegF hat Anmeldungen und bereits bestehende Einträge unzweifelhaft nichtigen Inhalts zu beanstanden.

Wenn bis anhin in dieser Arbeit immer nur davon die Rede war, der HRegF habe allein darauf zu achten, «daß die Anmeldungen und Einträge mit den zwingenden und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellten Vorschriften im Einklang stünden», so folgte ich mit dieser Formel der sowohl in der Literatur als auch in der Judikatur zur handelsregisterlichen Kognition geübten Ausdrucksweise. Bei genauerer Betrachtung erweist sich jedoch diese Formulierung als zu ungenau. Wohl mag sie im konkreten Fall als genügend klar und eindeutig erscheinen, es liegt in ihr dennoch der Keim zu Mißverständnissen. Sie kann leicht zur irrigen Annahme verleiten, das Aktienrecht enthalte nur zwei Arten von zwingenden Vorschriften, nämlich solche, die zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt worden sind, d. h. absolut zwingende Gesetzesvorschriften, deren Mißachtung immer die Nichtigkeit der sie verletzenden Rechtsakte zur Folge hat, und solche, die lediglich den Schutz rein privater Interessen von Beteiligten oder Dritten bezwecken, d. h. zwingende Vorschriften, deren Mißachtung die sie verletzenden Dispositionen nur anfechtbar macht. Damit

lationsbeschlüsse der Aktionäre bewußt ausschließen wollte. (BGE 67 I 342; vgl. auch SAG 1934/35, 47).

⁵ Einen Sonderfall stellt OR 711 (Nationalität und Wohnsitz der Mitglieder der Verwaltung) dar. Diese Vorschrift ist sowohl zwingend als auch zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt und der HRegF hat die Eintragung einer neu gegründeten AG, die ihre Verwaltung unter Mißachtung dieser gesetzlichen Auflagen bestellt hat, zu verweigern. Die Nichtigkeit irgendwelcher zivilrechtlicher Verhältnisse hat ein derartiger Verstoß aber nicht zur Folge. Um trotzdem die Befolgung dieser Vorschriften auch bei der einmal eingetragenen AG sicherzustellen, sehen daher OR 711 IV und HRegV 86 als besondere und wirksame Sanktion vor, daß – sobald die Zusammensetzung einer Verwaltung den gesetzlichen Anforderungen bezüglich Nationalität und Wohnsitz ihrer Mitglieder nicht mehr entspricht – der HRegF der Gesellschaft eine Frist zur Wiederherstellung des gesetzmäßigen Zustandes zu setzen und nach fruchtlosem Ablauf die Gesellschaft von Amtes wegen als aufgelöst zu erklären habe. – Eine analoge Ausnahme bildet Art. 14 Schl. und ÜbgBest. zum OR über die Sitzverlegung ausländischer Gesellschaften in die Schweiz (vgl. auch HRegV 122 IV und vorn S. 76 N 12 lit. b und S. 94).

würde aber jene dritte Gruppe von zwingenden Vorschriften übersehen, die nur bis zu einem gewissen Grade absolut zwingend sind⁶, d. h. bei denen das allgemeine öffentliche Interesse nicht so weit geht, daß jede Verletzung der Vorschrift zugleich auch einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung in sich schließt, sondern die letztere nur unter bestimmten Voraussetzungen, nur bei einer besonderen Art oder Richtung, bei einem gewissen Ausmaß der Verletzung der Gesetzesvorschrift tangiert wird.

Um also zu einer generellen, für alle Registrierungsfälle gültigen Umschreibung der Kognition zu gelangen, muß somit auch diese dritte Gruppe berücksichtigt werden, d. h. es kann im Falle einer Rechtswidrigkeit nicht einfach gefragt werden: «Ist die fragliche Gesetzesnorm unzweifelhaft zwingend und zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellt worden und, wenn ja, verstößt der nachgesuchte oder bereits bestehende Eintrag offensichtlich und unzweideutig gegen sie?» Es ist vielmehr folgendes gedankliches *Procedere* einzuschlagen:

1. Zuerst ist zu prüfen, ob die Gesetzesbestimmung⁷, gegen die eine Anmeldung (oder ein bereits bestehender Eintrag) zu verstoßen scheint, zwingend ist oder nicht.

2. Ist sie evidentermaßen nicht zwingend, d. h. handelt es sich um dispositives Recht, oder bestehen Zweifel, so haben sich die Handelsregisterbehörden mit der Frage der Rechtswidrigkeit der Anmeldung nicht weiter zu befassen; die Anmeldung ist nicht zu beanstanden⁸.

3. Ist die Gesetzesbestimmung aber zweifellos zwingend, so ist weiter zu fragen, ob es sich um eine absolut zwingende, zur Wahrung

⁶ Bei jenen Vorschriften, die sogar nur unter gewissen Voraussetzungen zwingend sind, die z. B. durch die Statuten abgeändert, nicht aber durch einen einfachen Generalversammlungsbeschluß ausgeschaltet werden können (OR 627), handelt es sich ausschließlich um Vorschriften, deren Verletzung bloß Anfechtbarkeit des betreffenden widerrechtlichen Rechtsaktes (z. B. des einfachen Generalversammlungsbeschlusses) im Gefolge hat. Derartige Gesetzesnormen gehören somit nicht zur «dritten Gruppe».

⁷ Statt um eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung kann es sich auch um einen allgemeinen Rechtsgrundsatz oder um einen im Gesetz als gegeben vorausgesetzten und verwendeten und daher von ihm nicht definierten Begriff (z. B.: wann liegt eine Sachübernahme vor, oder was ist unter einem Reglement i. S. von OR 717 zu verstehen?) handeln.

⁸ Siehe die nachfolgenden Beispiele ad Ziffer 2.

allgemeiner öffentlicher Interessen erlassene Vorschrift handelt, bei der jede Verletzung der Vorschrift zugleich auch einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung in sich schließt.

4. Ist dies zweifelsfrei zu bejahen, so folgt die Prüfung der Frage, ob die Anmeldung offensichtlich und unzweideutig gegen die Vorschrift verstößt.

5. Liegt ein offensichtlicher und unzweideutiger Verstoß vor, so ist die Anmeldung zu beanstanden⁹.

6. Verstößt die Anmeldung nicht oder nicht offensichtlich und unzweideutig gegen die Vorschrift, m. a. W. steht eindeutig fest oder kann doch zumindest in guten Treuen die Auffassung vertreten werden, daß die Vorschrift den angemeldeten Tatbestand gar nicht visiert, so hat eine Beanstandung zu unterbleiben; die Anmeldung ist zweifelsohne nicht rechtswidrig bzw. die Frage einer Gesetzesverletzung nicht liquid.¹⁰

7. Gehört hingegen die Gesetzesbestimmung nicht zu den absolut zwingenden Vorschriften, bei denen jeder Verletzung der Vorschrift gleichzeitig auch ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung innewohnt, oder ist das Vorliegen einer derartigen Bestimmung als zweifelhaft zu erachten, so ist zu untersuchen, ob eventuell eine jener zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen aufgestellten, zwingenden Vorschriften vorliegt, bei denen das öffentliche Allgemeininteresse nicht so weit reicht, daß in jeder Art von Verletzung der Vorschrift notwendigerweise auch eine Tangierung der öffentlichen Ordnung erblickt werden muß.

8. Ist dies zu verneinen bzw. bestehen Zweifel darüber, ob man es mit einer solchen Vorschrift zu tun hat, so ist sie als eine lediglich den Schutz privater Interessen von Beteiligten oder Dritten bezweckende, zwingende Vorschrift zu betrachten; die Handelsregisterbehörden haben somit die Frage, ob ein Gesetzesverstoß vorliege, nicht zu prüfen, die Anmeldung ist nicht zu beanstanden.¹¹

9. Muß die Vorschrift jedoch unzweifelhaft zu den nur bis zu einem gewissen Grade absolut zwingenden Vorschriften gezählt werden, so ist abzuklären, ob die Verletzung der Gesetzesbestimmung durch die Anmeldung offensichtlich und unzweideutig so geartet ist,

⁹ Siehe die nachfolgenden Beispiele ad Ziffer 5.

¹⁰ Siehe die nachfolgenden Beispiele ad Ziffer 6.

¹¹ Siehe die nachfolgenden Beispiele ad Ziffer 8.

daß sie gleichzeitig auch einen Verstoß gegen die allgemeinen öffentlichen Interessen darstellt.

10. Trifft dies zu, so ist die Anmeldung zu beanstanden.

11. Wenn dagegen eindeutig kein oder kein offensichtlicher und unzweideutiger Verstoß dieser Art vorliegt, so dürfen die Handelsregisterbehörden die Anmeldung nicht beanstanden.¹²

II. Beispiele

Ad Ziffer 2

Die in OR 690 II in bezug auf die Nutznießung an Aktien getroffene Regelung entspricht dem allgemeinen Grundsatz von ZGB 755 II, wonach dem Nutznießer die Verwaltung an der seiner Nutzung unterstellten Sache zukommt. Da ZGB 755 II nicht zwingenden Rechts ist, sondern durch Parteivereinbarung geändert werden kann, nimmt das Eidgenössische Amt für das Handelsregister den Standpunkt ein, daß auch OR 690 II dispositiven Rechts sei, d. h. einer abweichenden Regelung nicht im Wege stehe, eine solche Auslegung von OR 690 II jedenfalls vertretbar sei, so daß Statutenbestimmungen, welche das Stimmrecht bei Aktien, an denen eine Nutznießung bestellt ist, dem Eigentümer zuweisen, nicht beanstandet werden können.¹³

OR 717 I Satz 1 (siehe auch OR 712 II) ist nicht in dem Sinne zwingendes Recht, daß daraus der Schluß gezogen werden muß, die Bestimmungen über die Verteilung von Geschäftsführung und Vertretung unter die Mitglieder des Verwaltungsrates hätten unbedingt in den Statuten oder in einem in den Statuten vorgesehenen Reglement enthalten zu sein. Die Verteilung von Geschäftsführung und Vertretung kann auch durch einen – allerdings in den Statuten ausdrücklich vorgesehenen¹⁴ – «gewöhnlichen», d. h. nicht als «Reglement» bezeichneten Beschluß der Generalversammlung geordnet werden. OR 717 hat über das Zustandekommen und die Form des Reglements keine Vorschriften aufgestellt. – Ebenso unzutreffend wäre die Annahme, OR 717 II schreibe zwingend vor, daß eine Übertragung von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen an

¹² Siehe die nachfolgenden Beispiele ad Ziffer 10/11.

¹³ SAG 1941/42, 202ff. und 1944/45, 53f.

¹⁴ Vgl. auch OR 626 Ziff. 5 und 627 Ziff. 12.

einen oder mehrere Verwaltungsdelegierte oder Direktoren nur durch ein hiezu in den Statuten oder durch ein in den Statuten vorgesehenes Reglement eigens bezeichnetes Organ vorgenommen werden darf. Die Statuten können vielmehr auch bestimmen, die Ermächtigung eines Organs zur Übertragung von solchen Befugnissen sei direkt durch einen Beschluß der Generalversammlung vorzunehmen. Weder die eine noch die andere der genannten statutarischen Regelungen darf somit vom HRegF zurückgewiesen werden.¹⁵

An der Grenze, wenn nicht gar außerhalb der ihm zustehenden Kognitionskompetenzen bewegte sich m. E. der st.gallische HRegF, als er entschied: «Da juristische Personen als Mitglieder der Verwaltung nicht wählbar sind (OR 707 III), muß auch die Wahl einer solchen zum «Geschäftsführer» als unzulässig betrachtet werden. Wenn auch der Gesetzgeber dies nicht ausdrücklich verboten hat, so sprechen für diesen Standpunkt die gleichen logischen Motive, wie beim erwähnten Verbot.»¹⁶ – Ebensogut könnte unter Hinweis darauf, daß heute juristische Personen als Liquidatoren anerkannt werden¹⁷ und auch als Kontrollstelle bestellt werden können (OR 727 III), die Zulässigkeitsfrage bejaht oder doch zumindest die zur Eintragung angemeldete Regelung als auf einer ebenfalls denkbaren Gesetzesauslegung beruhend bezeichnet werden, was zur Folge hätte, daß die verlangte Eintragung als nicht offensichtlich gesetzwidrig vorzunehmen wäre (eventuell analog der in OR 811 und 815 II enthaltenen Regelung der Geschäftsführung und Vertretung bei der GmbH) und die Entscheidung dieser materiellrechtlichen Frage dem ordentlichen Richter vorbehalten bliebe.¹⁸ Ohne Bedeutung für die Beurteilung dieser Frage ist Art. 41 HRegV, indem es u. a. heißt, daß Handelsgesellschaften und juristische Personen nicht zu zeichnungsberechtigten Vertretern bestellt werden können. Denn in der HRegV kann auf Grund der gesetzlichen Delegation neben dem Registerrecht (OR 929, 936) kein materielles Zivilrecht oder öffentliches Recht gesetzt werden außer etwas Firmenrecht (OR 944).¹⁹

¹⁵ BGE 75 I 324.

¹⁶ ZBGR 1939, 212; vgl. auch BGE 58 I 378, der – noch unter dem alten OR – die Wahl juristischer Personen zu Verwaltungsorganen untersagt.

¹⁷ Burckhardt III Nr. 1527 II; BGE 62 II 284.

¹⁸ Vgl. BGE 67 I 345, 75 I 324 und dort erwähnte Entscheide.

¹⁹ Siehe vorn S. 15.

Ad Ziffer 5

Nach OR 717 I Satz 2 muß wenigstens ein Mitglied der Verwaltung zur Vertretung der Gesellschaft befugt sein. Es ist somit zweifellos unzulässig, die Vertretungsmacht des einzigen Verwaltungsrates oder des allein zeichnungsberechtigten Mitgliedes einer mehrköpfigen Verwaltung auf den Umfang der Prokura zu beschränken, weil unter diesen Umständen die Gesellschaft des notwendigen und mit gesetzlich geregelter Vertretungskompetenz ausgestatteten Organs entbehren würde.²⁰

Ein derartiger offensichtlicher und unzweideutiger Verstoß ist ferner gegeben, wenn beim Gründungsakt, bei einem statutenändernden Beschluß, im Falle einer Kapitalherabsetzung oder bei einem Auflösungsbeschluß von der Generalversammlung bzw. von den geschäftsführenden Organen die vom Gesetz absolut zwingend geforderte, notarielle Beurkundung außer acht gelassen worden ist (OR 637, 638, 647, 734, 736 Ziff. 2). In diesen Fällen mangelnder öffentlicher Beurkundung darf daher die kantonale Aufsichtsbehörde über das Handelsregister die Anmeldungspflichtigen niemals gemäß HRegV 31 von der Beibringung der fehlenden Urkunde dispensieren und damit dem HRegF die Ermächtigung zur Eintragung erteilen.²¹

Ein solcher Verstoß liegt auch immer dann vor, wenn die Statuten *ihrer Inhalte nach* offensichtlich und unzweideutig einer zwingenden Vorschrift widersprechen, sei diese nun zur Wahrung allgemeiner öffentlicher Interessen oder lediglich zum Schutze von Privaten (insbesondere der gegenwärtigen und zukünftigen Aktionäre, der Aktionärgruppen und der Gesellschaftsgläubiger) aufgestellt. (Keine Rechtswidrigkeit liegt natürlich vor, wenn die Statuten eine Regelung treffen, die von einer wohl zwingenden, aber eine freie oder beschränkte Abänderung durch die Statuten ausdrücklich vorbehaltenen Gesetzesbestimmung oder gar nur von einer dispositiven Vorschrift abweicht. – Keine rechtswidrige Abänderung von zwingendem Gesetzesrecht liegt vor, wenn eine Statutenbestimmung über

²⁰ BGE 67 I 342.

²¹ Vgl. auch vorn S. 25 und S. 88 N 62;
Schucany OR 637 N 1, 706 N 1 lit. a, 736 N 3;
Siegwart OR 637 N 12, 647 N 9;
von Steiger AG 114f.

die gesetzliche Regelung hinausgeht und den vom Gesetz angestrebten Schutz einer bestimmten Interessenrichtung verschärft; so widerspricht es z. B. der zwingenden Tendenz des Gesetzes nicht, wenn die Statuten Beschlüsse betreffend Umwandlung des Zwecks, Beseitigung statutarischer Einschränkungen oder Stimmrechtsaktien noch stärker erschweren als OR 648 dies bereits tut²².) Denn bei jedem Verstoß der Statuten gegen eine derartige Vorschrift – d.h. jedesmal, wenn die Statuten zwar formell den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen, aber in materieller Hinsicht den gesetzlichen Anforderungen an den notwendigen Statuteninhalt nicht genügen oder in den fakultativen Bestimmungen eine Rechtswidrigkeit aufweisen – wird gleichzeitig auch der absolut zwingende Rechtsgrundsatz der Gesetzmäßigkeit des Statuteninhalts verletzt.²³

Somit kann sich da, wo der Statuteninhalt als solcher zu prüfen ist, nie die Alternativfrage stellen: «Nichtige oder anfechtbare Statutenbestimmung?» Es kann vielmehr immer nur davon die Rede sein, ob der Inhalt der Statuten offensichtlich und unzweideutig nichtig sei oder nicht. Wegen ihrem Inhalte anfechtbare Statuten sind begrifflich ausgeschlossen, denn eine inhaltlich widerrechtliche Statutenbestimmung kann das Gesetz niemals derogieren, d.h. sie ist ab initio absolut wirkungslos und kann daher auch nach Ablauf der

²² Siegwart OR 648 N 13.

²³ a. M. ist von Steiger, der diesen Grundsatz auf die Frage der Vollständigkeit der Statuten nicht uneingeschränkt anwenden möchte, sondern nur dort, wo eine um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen erlassene Vorschrift einen bestimmten Statuteninhalt verlangt. So schreibt er in «Das Recht der AG in der Schweiz» S. 192: «Auf das Recht auf einen Vertreter im Verwaltungsrat (Art. 708, Abs. 4, OR), bzw. im Verwaltungsratsausschuß (Art. 708, Abs. 5, OR), können die einzelnen Gruppen der Aktionäre verzichten, ohne daß dadurch irgend ein öffentliches Interesse berührt wird. Wenn die einzelnen Aktionäre bzw. Aktionärgruppen von der zu ihren Gunsten in Art. 708 OR vorgesehenen Möglichkeit bei der Aufstellung der Statuten keinen Gebrauch machen wollen – bei den meisten Gründungen werden die Statuten einstimmig genehmigt – so ist es wahrhaftig nicht Sache des Handelsregisterführers, sie zu einer anderen Ordnung der Wahl der Verwaltung zu zwingen, so wenig wie er, wenn Art. 708, Abs. 4 OR in den Statuten Rechnung getragen wurde, nachzuprüfen hat, ob nun tatsächlich bei den Wahlen Vertreter der einzelnen Gruppen zu Mitgliedern der Verwaltung ernannt wurden. Den betreffenden Aktionären muß vielmehr überlassen werden, in Anwendung von Art. 643, Abs. 3 und 706 OR ihre Rechte beim Richter geltend zu machen (vgl. auch Art. 32 HRegV).» – Siehe auch vorn S. 51 bei N 24.

zweimonatigen Anfechtungsfrist (OR 706 IV) keinerlei Gültigkeit erlangen; ebensowenig ist es möglich, aus dem Fehlen einer gesetzlich vorgeschriebenen Statutenbestimmung irgendwelche Rechte abzuleiten. Die Frage, ob eine Statutenbestimmung nichtig oder bloß anfechtbar sei, darf nur dann gestellt werden, wenn die Prüfung nicht auf die Ordnungsmäßigkeit des Statuteninhalts, sondern darauf gerichtet ist, ob der Beschluß, dessen Gegenstand die Statuten oder deren Änderung bilden, auf rechtlich einwandfreie Art und Weise oder in einem mangelhaften Verfahren gefaßt worden ist. Aber auch in diesen Fällen wäre es m. E. angebrachter, von nichtigen und anfechtbaren Generalversammlungsbeschlüssen zu sprechen, damit jeweiligen unmißverständlich und unverwischbar feststände, daß der Grund des Rechtsmangels nicht beim Statuteninhalt liegt. Denn von der Rechtsgültigkeit der Beschlußfassung hängt es ab, ob überhaupt eine Statutenbestimmung zustande kommt oder nicht und die Rechtmäßigkeit des zustande gekommenen Beschlusses bestimmt, ob die durch diesen geschaffene und inhaltlich an sich gesetzmäßige Statutenvorschrift Bestand hat oder durch Anfechtung des Generalversammlungsbeschlusses wieder umgestoßen werden kann.

Ad Ziffer 6

So ist es z. B. unbestrittenermaßen zulässig, eine Kapitalerhöhung statt durch Ausgabe neuer Aktien (OR 650) durch Heraufsetzung des Nennwertes der bisherigen Aktien zu vollziehen, denn OR 623 enthält nicht mehr wie aOR 614 II die Beschränkung, daß der Nennwert der Aktien während des Bestehens der Gesellschaft nicht erhöht werden dürfe, sofern dadurch der Nominalbetrag des Grundkapitals eine Veränderung erleide.²⁴

Rechtmäßig ist auch die Eintragung einer sog. «halbseitigen Prokura», wonach A nur zusammen mit B, B dagegen auch für sich allein handeln kann, denn es kann kein begründeter Zweifel daran bestehen, daß auch der Zivilrichter eine solche Prokura als nach OR 460 II nicht ausgeschlossen und damit als gesetzlich zulässig anerkennen müßte.²⁵

Auch die Eintragbarkeit der einem, als solchem nicht zeichnungsberechtigten Verwaltungsratsmitglied erteilten Prokura hat das Bun-

²⁴ BGE 67 I 111.

²⁵ BGE 60 I 386.

desgericht bejaht, mit der Begründung, neben der Auffassung, daß gemäß OR 458 der Prokurist eine vom Geschäftsherrn (Prinzipal) verschiedene Person sein müsse, daß nach OR 721 die Mitglieder der Verwaltung eine ähnliche Stellung hätten wie der Prinzipal einer Einzelfirma und deshalb nicht zugleich Prokurist sein könnten, könne sehr wohl auch die gegenteilige Ansicht vertreten werden, daß – sofern man überhaupt auf Grund von OR 721 die Verwaltung und nicht die Gesellschaft als Prinzipal betrachten wolle – nur der Verwaltungsrat als Gesamtheit als Prinzipal gelte, nicht aber jedes einzelne Mitglied eines mehrköpfigen Verwaltungsrates oder ein einzelnes Mitglied, das als solches nicht vertretungsberechtigt sei und allein gar keine Organhandlungen vornehmen könne. Es sei daher nicht ersichtlich, weshalb bei einem mehrköpfigen Verwaltungsrat mit zeichnungsberechtigten Mitgliedern nicht weitere, als Verwaltungsrat nicht zeichnungsberechtigte Mitglieder eine auf den Umfang der Prokura beschränkte Vertretungsmacht sollte eingeräumt werden können.²⁶

Ad Ziffer 8

Als zwingende Vorschriften, die lediglich den Schutz von privaten Interessen, insbesondere der einzelnen Aktionäre, Aktionärgruppen und Gesellschaftsgläubiger bezwecken, bzw. Vorschriften, bei denen Zweifel bestehen, ob sie um der öffentlichen Ordnung willen zwingend erlassen worden sind, werden insbesondere bezeichnet:

Die Formvorschriften in OR 699, 700, 701²⁷ und das sich indirekt aus dem Gesetz ergebende Verbot von Zirkulationsbeschlüssen der Aktionäre an Stelle der Generalversammlung²⁸;

²⁶ BGE 67 I 342.

²⁷ Nicht publ. Ur. des BGer. vom 22. Nov. 1939 i. S. Hermann Wildenthaler und Neu-Email AG gegen HRegAmt St. Gallen (SJZ 1939/40, 257f.); Nicht publ. Ur. des BGer. vom 16. Sept. 1944 i. S. Società anonima A.C.P.I., Volontario und Konsorten gegen Tessin (SAG 1944/45, 78f.); Entsch. der st. gallischen Aufsichtsbeh. über das HReg (SJZ 1951, 208ff.).

²⁸ a. M. BGE 67 I 342, der Beschlüsse und Wahlen, die auf dem Wege der schriftlichen Abstimmung außerhalb der Generalversammlung erfolgen, als nichtig betrachtet und das Verbot von Zirkulationsbeschlüssen zu den absolut zwingenden Vorschriften i. S. von Ziffer 5 zählt. M. E. kann ein solcher Beschluß höchstens dann nichtig sein, wenn er mit gewissen Vorschriften und Grundsätzen über die öffentliche Beurkundung kollidiert; siehe vorn S. 56ff., vgl. auch SAG 1934/35, 47.

die Quorumsvorschriften in OR 648, 649, 654, 655 und 658²⁹;

OR 708 IV und V, wonach bei Bestehen mehrerer Gruppen von Aktionären mit verschiedener Rechtsstellung die einzelnen Gruppen ein Recht auf einen Vertreter im Verwaltungsrat bzw. im Verwaltungsratsauschuß haben³⁰;

die Formvorschriften in OR 742/745 über das Liquidationsverfahren³¹;

die Vorschrift von OR 646 I, wonach wohlerworbene Rechte, die den einzelnen Aktionären in ihrer Eigenschaft als Aktionäre zustehen, ihnen nur mit ihrer Zustimmung entzogen werden können³².

Ad Ziffer 10/11

Von Art. 646 I OR³³, der sich nur über die für einen unanfechtbaren Entzug erforderlichen Voraussetzungen ausspricht, ist zu unterscheiden die (vorgängige) Frage, ob der im konkreten Fall beabsichtigte Entzug rechtlich überhaupt zulässig ist, gibt es doch gewisse wohlerworbene Rechte, die nicht nur im persönlichen Interesse des Aktionärs, sondern auch im allgemeinen Interesse gewährt werden. Auf solche Rechte kann der einzelne Aktionär zwar im einzelnen Fall verzichten, ein öffentliches Interesse wird dabei nicht tangiert, aber «ihrer Substanz nach sind sie unentziehbar.»³⁴ Sie können nicht grundsätzlich aufgehoben werden, denn jede grundsätzliche Verletzung schließt auch einen Verstoß gegen die absolut zwingende Vorschrift, auf welcher das betreffende Recht direkt oder

²⁹ Schucany OR 706 N 1 lit. a; a. M. ein Entsch. des thurgauischen Oberger. vom 26. Febr. 1929 (SAG 1930/31, 92; SJZ 1930/31, 202), der alle Beschlüsse, die gegen diese Vorschriften verstoßen, für nichtig erklärt, und von Steiger Prüfung 63, AG 197 f., der jedoch nur bei Generalversammlungsbeschlüssen, welche der in OR 648 und 650 II, in Verbindung mit OR 636, geforderten Mehrheit entbehren, Nichtigkeit annimmt; denselben Standpunkt vertritt auch der Rechenschaftsber. des Justiz- und Polizeidep. Aargau 1942, 491 in bezug auf den mit OR 648 vergleichbaren Art. 889 I des Genossenschaftsrechts.

³⁰ Verw. Ber. des Justizdep. Basel-Stadt 1940, 22 (SAG 1942/43, 73, ZBGR 1942, 209); Paul Held «Die Vertretung von Aktionärgruppen in der Verwaltung» (SJZ 1939/40, 64 ff. und 236 ff.); von Steiger AG 192.

³¹ Siehe vorn S. 95 f. und S. 102 f.

³² Schucany OR 646 N 4; siehe auch nachfolgendes Beispiel ad Ziffer 10/11.

³³ Siehe oben bei N 32.

³⁴ Siegart OR 646 N 6.

indirekt basiert, in sich, d.h. es würde dadurch der durch die Vorschrift geschützte Teil des um der öffentlichen Ordnung willen für jede AG vom Gesetz als notwendig erachteten, minimalen Grundgefüges umgestaltet.³⁵

Ob im konkreten Fall ein inhaltlich an sich nicht zu beanstandender Beschluß der Generalversammlung unter Verletzung eines wohl-erworbenen Rechtes zustandegekommen ist, haben die Handelsregisterbehörden somit nie zu prüfen³⁶. Ist ein wohl-erworbenes Recht hingegen selber Gegenstand der Beschlußfassung, so kann es auch Objekt der handelsregisterlichen Kognition sein. Ein solcher Generalversammlungsbeschluß – es wird sich für den HRegF praktisch sozusagen immer um eine Entschliebung über den Statuteninhalt handeln – ist nämlich dann zu beanstanden, wenn das fragliche Recht direkt auf einer zweifellos absolut zwingenden Norm beruht oder wenn es zwar nur einer zum Schutze rein privater Interessen zwingend erlassenen Gesetzesvorschrift entspringt, aber indirekt durch den absolut zwingenden Grundsatz der Gesetzmäßigkeit des Statuteninhalts zumindest vor der grundsätzlichen Beseitigung auf dem Wege einer Statutenänderung bewahrt wird, und der Beschluß in offensichtlich und unzweideutig erkennbarer Weise dieses wohl-erworbenes Recht grundsätzlich als solches beseitigt oder dermaßen verkürzt, daß neben den rein privaten Interessen der Aktionäre auch das öffentliche Allgemeininteresse berührt wird, d. h. wenn der Beschluß seines Inhaltes wegen eindeutig nichtig ist.

Eine nur unter gewissen Voraussetzungen absolut zwingende Vorschrift darf zweifelsohne auch in OR 628 I und II (aOR 619) erblickt werden. Nach dieser Gesetzesbestimmung gehören Angaben über Sacheinlagen und Sachübernahmen zum gesetzlich notwendigen Inhalt der Statuten. Das Bundesgericht hat daher in seinem nicht publizierten Urteil vom 16. Juli 1934³⁷ mit Recht den Grundsatz aufgestellt, daß es nicht dem Gutdünken der Generalversammlung der AG anheimgestellt sein könne, nachträglich Statutenbestimmungen zu streichen, die wie diejenigen über die Sacheinlagen und Sachübernahmen von Gesetzes wegen in die Statuten aufgenommen wer-

³⁵ Vgl. Gottfried Weiß «Die unentziehbaren Rechte des Aktionärs» (SJZ 1942/43, 513 ff. und 529 ff., SAG 1943/44, 51 ff. und 69 ff.).

³⁶ Von Steiger Prüfung 62.

³⁷ i. S. Gebrüder Hoffmann AG gegen Basel-Landschaft (SAG 1934/35, 31 ff., Couchepin Nr. 96).

den müssen, weil sie nicht nur dem vorübergehenden Zweck der Orientierung der an der Gesellschaftsgründung Beteiligten zu dienen haben, sondern auch dem dauernden Zweck, die Öffentlichkeit im allgemeinen im Hinblick auf den Erwerb von Aktien oder die Gewährung von Krediten an die Gesellschaft zu schützen. Die Apportbestimmungen sind somit grundsätzlich bis zur Auflösung der AG in den Statuten zu belassen. Hat die Gesellschaft jedoch z. B. das Kapital auf dem Wege der Statutenänderung praktisch auf Null abgeschrieben, nachdem es tatsächlich bereits durch Verluste aufgezehrt worden war, und durch neu zugeführte Mittel ersetzt, so besteht die oben erwähnte Gefahr nicht mehr. Die im allgemeinen öffentlichen Interesse notwendigen, statutarischen Angaben über die ursprünglichen Apports haben ihren Schutzzweck offensichtlich verloren und können daher ausgemerzt werden³⁸.

³⁸ BGE 61 I 295, 68 I 188; vgl. auch ZBGR 1939, 212.

Curriculum vitae

Am 21. Juli 1923 wurde ich als Bürger von Schaffhausen in Winterthur geboren. Hier besuchte ich die Primarschule und das Gymnasium der Kantonsschule Winterthur. Im Herbst 1942 bestand ich die Matura vom Typ B. Anschließend schrieb ich mich an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ein und blieb daselbst während meines ganzen Studiums immatrikuliert.

